



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 1/2021
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Editoriale

Alberto Lucarelli – *Il modello dualista dei “Presidenti”:* prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare (p. I)

Saggi

Giuseppe di Costanzo – *Le disposizioni anticipate di trattamento. Spunti di riflessione tra diritto pubblico e privato* (p. 1)

Michele Belletti – *Il “governo” dell’emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo “federativo” europeo* (p. 20)

Raffaele Picaro – *La Procura Generale dello Sport: profili ricostruttivi* (p. 97)

Camilla Della Giustina – *Il diritto d’asilo tra diritto costituzionale italiano, europeo e disciplina internazionale* (p. 129)

Pasquale Serrao d’Aquino – *Lo “stress test” dello statuto unico del magistrato onorario (d. lgs n. 116/2017) tra progetti di controriforma, compatibilità con i principi costituzionali e tutela eurounitaria del lavoratore contro l’abuso della reiterazione dei contratti a termine* (p. 174)

Nina Faiola – *L’UE può imporre obblighi di vaccinazione? Alcune riflessioni alla luce del principio di attribuzione* (p. 303)

Davide Antonio Ambroselli – *Dai decreti sicurezza al decreto immigrazione: spunti di riflessione sul caso Sea Watch tra diritto costituzionale e diritto internazionale* (p. 219)

Lucia De Micco – *La selezione dei membri togate del CSM in Assemblea Costituente. Lettura delle discussioni in Assemblea Costituente sull’art. 104 della Costituzione, in particolare sul concetto di “elezione” dei membri togati* (p. 287)

Bioetica – C.I.R.B.

Luca Di Majo – *Profili generali su normazione e scienza* (p. 77)

Emanuela Furramani e Rezart Bushati – *Riflessioni sulla libera autodeterminazione del paziente nella scelta delle cure mediche: uno sguardo comparativo tra Italia e Albania* (p. 263)

Materiali

Maria Grazia Nacci – *Ambiente, salute ed emergenza pandemica* (p. 49)

Anna Maria Nico – *L'emergenza sanitaria "guarisce" lo Stato sociale dai condizionamenti economici e finanziari?* (p. 112)

Claudio De Fiores – *In ricordo di Gianni Ferrara* (p. 126)

Natascia Marchei – *Recensione a V. Faggiani, La controvertida cuestión del velo islámico: una perspectiva de género desde el espacio europeo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020* (p. 170)

Pasquale Serrao d'Aquino – *La responsabilità civile per l'uso di sistemi di intelligenza nella risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020: "Raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale* (p. 248)

Notizie sugli autori (p. 306)

DIRITTO PUBBLICO EUROPEO – RASSEGNA ON LINE**N. 1/2021****EDITORIALE****IL MODELLO DUALISTA DEI “PRESIDENTI”: PRODROMI DEL CAMBIAMENTO DELLA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE.**I

di Alberto Lucarelli*

Sommario. 1. Premessa. – 2. Modello dualista della governabilità tecnocratica. – 3. Riflessioni in coda sulla torsione della forma di governo parlamentare.

1. Premessa.

Tra qualche mese, a fine luglio 2021, comincia il semestre bianco del Presidente della Repubblica, ovvero gli ultimi sei mesi del suo mandato, nel quale non potrà sciogliere il Parlamento. In merito, è da notare che l’attuale capo dello Stato, fino ad oggi, si è guardato bene dall’ utilizzare tale strumento che, a differenza di altri ordinamenti – si pensi al regime semipresidenziale francese – non ha una dimensione politica.

Nell’ordinamento giuridico italiano, il Presidente della Repubblica, com’è noto, può far ricorso al potere di scioglimento soltanto nei casi in cui non vi siano più le condizioni di governabilità, ovvero quando in Parlamento non sia presente una maggioranza, tale da sostenere e votare la fiducia al costituendo Governo.

Anche in momenti di forte criticità, soprattutto nelle fasi di composizione delle maggioranze parlamentari, sempre poco ortodosse quelle venutesi a creare dopo le elezioni del 4 marzo 2018, il Presidente Mattarella ha confidato nel *gioco delle alleanze*, facendo

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

prevalere sempre l'obiettivo della governabilità, rispetto al ritorno alle urne. Si sono così venute a realizzare sia nei Governi Conte, che nel Governo Draghi maggioranze parlamentari, composte da partiti politici, non soltanto distanti tra loro nei progetti, ma duramente in contrapposizione durante la campagna elettorale.

Nella formazione dei primi due governi, il Presidente Mattarella, con l'obiettivo della *governabilità a tutti i costi*, ha assecondato il *gioco dei partiti*, nominando un Presidente del Consiglio espressione della loro volontà. Nella formazione del Governo Draghi il suo ruolo, come vedremo, è mutato e da arbitro è divenuto uno degli attori principali. In ogni caso, va notato che già nella composizione del Conte 1 Mattarella non aveva esitato ad esercitare in maniera sostanziale il suo potere di nomina dei Ministri, ovvero esprimendo contrarietà rispetto alla nomina di Savona, ritenuto antieuropeista. Aveva giustificato ciò, in relazione all'art. 47 Cost., ovvero ritenendo che tale nomina avrebbe potuto incidere negativamente sulla tutela del risparmio dei cittadini. Si verificava, dunque, già una torsione della forma di governo parlamentare, tale da spostare il vincolo fiduciario di natura politica dal rapporto governo-parlamento al rapporto presidente-ministri, conferendo al Presidente della Repubblica il potere di predeterminare l'indirizzo politico.

È evidente che l'elasticità del ruolo che la Costituzione assegna al Presidente della Repubblica, calibrato e misurato attraverso le personalità succedutesi, ed alle consuetudini nel tempo venutesi a consolidare, ha contribuito a determinare, dopo le elezioni del 2018, comportamenti diversi, ma caratterizzati tutti da un dato comune: la torsione della forma di governo parlamentare.

2. Modello dualista della governabilità tecnocratica.

Dunque, si è assistito, da una parte a comportamenti presidenziali riconducibili al suo ruolo formale di organo *super partes*, ovvero di garante della Costituzione ed estraneo alla funzione di indirizzo politico, ma dall'altra espressione di un progetto, ovvero la *governabilità a tutti i costi* da *cercare* in Parlamento, mortificando gli elettori che si sono trovati, a partire dal Conte 1, dinanzi ad un Governo sostenuto da maggioranze, ben lontane dagli intenti elettorali e dai progetti originari delle forze politiche in campo.

Fissato l'obiettivo, ovvero evitare le elezioni anticipate ed assicurare al Paese un governo,

il Presidente della Repubblica ha *giocato*, a seconda delle circostanze, ruoli diversi: ora assecondando le forze in gioco, ora promuovendo un suo progetto, il tutto *colorito* dalla latitanza dell'organo legislativo.

Insomma, la mia tesi, ragionando intorno alle funzioni presidenziali di nomina del Presidente del Consiglio e dei Ministri e del potere di scioglimento, è che il capo dello Stato, nei momenti di crisi, abbia, di fatto, seppur con modalità differenti, preso lui il *timone in mano*. È evidente, che lo sfarinamento dei partiti politici che, da ultimo, ha portato alle dimissioni del segretario del PD Zingaretti ed il progressivo svilimento del ruolo del Parlamento, abbiano accentuato la sua manovra d'azione e la sua capacità d'incidere.

In questi giorni, abbiamo assistito alla *caduta* del Governo Conte *bis* ed alla *nascita* del Governo Draghi, dopo il tentativo fallito di un Governo Fico. Anche in quest'ultimo caso, l'impressione è stata che la scelta di Mattarella d'investire il Presidente della Camera Fico di un mandato esplorativo sia piuttosto stata finalizzata a realizzare il suo progetto originario ovvero il Governo Draghi.

Mentre nei Governi Conte, la latitanza del Parlamento e dei suoi Presidenti aveva consentito, non al sistema dei partiti, ma a gruppi di potere al loro interno, di esprimere maggioranze eterodosse, riservando a Mattarella un ruolo di regista esterno, il Governo Draghi si caratterizza per essere un governo dualista, ovvero fondato sul binomio Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio.

In tale modello, il ruolo di assoluta preminenza, che la Costituzione riconosce al Parlamento, al momento del conferimento della fiducia, si trasforma in mero atto di ratifica di decisioni adottate in altri luoghi. Quindi un evidente *strappo* rispetto alla forma di governo parlamentare.

Questo Governo, a differenza dei due precedenti, si forma al di sopra della sovranità popolare e del sistema dei partiti, ed è frutto della volontà di Draghi e di Mattarella. Il primo, che poi sarà più realista del re nell'applicazione del *Manuale Cencelli*, si pone al di fuori dai partiti politici, almeno formalmente, il secondo acquista un ruolo decisivo nella scelta del Presidente del Consiglio, sulle macerie di quello che resta del sistema dei partiti. Ma dal punto di vista del diritto costituzionale, ciò che appare interessante, è come la forma di governo dualista, che si è venuta a realizzare con la formazione del Governo Draghi, al di fuori della nostra forma di governo parlamentare, almeno come consolidatasi negli anni attraverso la Costituzione materiale, abbia prodotto un governo politico, il cui *prius*, in una

evidente dimensione tecnocratica, è la governabilità.

Per meglio dire, i Dicasteri che determinano l'indirizzo politico ed economico-finanziario, ovvero che si dovranno occupare del *Recovery Fund*, sono prevalentemente tecnici (c.d. *Recovery Fund's Cabinet*), gli altri Dicasteri risentono in maniera confusa del modello della *Grosse Koalition*. Ovviamente per tecnici s'intendono personalità estranei ai partiti, ma non certo prive di una loro visione politica ed economico-finanziaria.

Un governo politico, ma a forte connotazione tecnica, dal punto di vista funzionale, in quanto esprimerà una ben determinata azione politica, ma non altrettanto politico dal punto di vista strutturale. Mi spiego meglio: il suo *distacco* dalla sovranità popolare, dai luoghi della rappresentanza democratica, dal sistema dei partiti, dai gruppi parlamentari e dai loro Presidenti d'Assemblea è talmente forte, al punto da poterlo definire un Governo politico a trazione tecnocratica.

Ovvero la dimensione politica non la riceve da legittimazioni democratiche, agganciate alla sovranità popolare, ma dal binomio Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio; nella capacità e nella forza, da parte della trazione dualista, di manipolare quello che rimane del simulacro parlamentare.

Una volta determinato il progetto dualista, a trazione tecnocratica, quello che rimane del confuso e scompaginato quadro politico, viene utilizzato con lo scopo di ottenere la fiducia dalle Camere.

3. Riflessioni in coda sulla torsione della forma di governo parlamentare.

Il populismo, o ciò che si crede esprimere fenomeni populistici, presente nei due Governi Conte, viene fronteggiato da modelli di organizzazione del potere non allineati alla forma di governo parlamentare, così come delineata dalla Costituzione materiale.

La formazione del Governo attuale è avvenuta con un'applicazione plastica delle regole poste in Costituzione, senza alcun riferimento alle consuetudini ed alle convenzioni, che integrano le scarse norme costituzionali.

Il ruolo dei partiti politici nella forma di governo parlamentare, fondativo delle democrazie di massa, in questo momento storico, sembra declinare e regredire a vantaggio di una *governabilità a tutti i costi*.

Il modello della *governabilità tecnocratica*, espressione del dualismo Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio, che si pone al di sopra della forma di governo parlamentare, svilendo il ruolo del Parlamento, trasformando i partiti politici in *comparses della commedia dell'arte*, determinando dunque un *vulnus* diretto alla sovranità popolare ed all'esercizio dei diritti politici, può rappresentare una delle cause del populismo, ma in senso più ampio, realizzar uno psicodramma collettivo di perdita di coscienza democratica. La frustrazione della partecipazione e la percezione che i processi decisionali, e soprattutto i luoghi della decisione, siano altrove, possono portare a reazioni populistiche, di totale disincanto verso le istituzioni liberal-democratiche. È evidente che, ancor prima dell'esercizio delle istanze partecipative, vi è la decadenza dei luoghi classici deputati alla formazione della consapevolezza politica. E mi riferisco non soltanto ai partiti politici, ma a tutti i luoghi nei quali si forma una coscienza collettiva, a partire da scuole e università.

La rete, in particolare il ricorso a piattaforme telematiche, ha ancor più contribuito a confondere la democrazia partecipativa con la democrazia diretta, annientando i luoghi di condivisione e trasformando in atomi isolati i cittadini sempre più inconsapevoli.

Il processo di formazione del Governo Draghi, al di là delle formali consultazioni con i rappresentanti dei gruppi parlamentari e con le forze sociali, è stato un processo silente, dualistico, sotteso alla formazione di un indirizzo politico, nel quale il Presidente del Consiglio *non ha nessuna intenzione* di ritagliarsi un ruolo, come vuole la Costituzione, di *primus inter pares*.

Com'è noto, la logica della forma di governo e delle disposizioni costituzionali sulla formazione dell'esecutivo richiede che la scelta del Presidente della Repubblica si ponga in sintonia con la composizione politica del Parlamento ai fini della nomina di un Governo che possa ottenere la fiducia della maggioranza parlamentare. A ciò servono le consultazioni, che sono di regola indispensabili perché il Presidente abbia l'esatto quadro della situazione politico-parlamentare. Ne deriva che il Presidente del Consiglio, già nella fase dell'incarico, discute i lineamenti programmatici del futuro governo con i rappresentanti delle forze politico-parlamentari disponibili a sostenerlo.

Invece, il modello dualista della governabilità tecnocratica si concentra, per gli aspetti di determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico, sul ruolo monocratico del Presidente del Consiglio, sul suo rapporto con il Presidente della Repubblica, su una plastica ed asettica interpretazione della Costituzione, che non tiene conto del ruolo dei partiti politici



e delle loro proiezioni nel Parlamento, rappresentate dai gruppi parlamentari. Insomma, viene meno il cuore della forma di governo parlamentare, ma in senso più ampio, direi la dimensione collegiale della democrazia e dei processi decisionali.

Il modello della governabilità tecnocratica, avallato dal Presidente della Repubblica, che da garante del sistema parlamentare si trasforma, allo stesso tempo, in propulsore ed ancella di sistemi a trazione monocratica, ancorché privi di legittimazione democratica, si basa su una rigida interpretazione dell'art. 92 Cost., dimenticando che il rapporto di fiducia, disciplinato dall'art. 94 Cost., qualifica come parlamentare la forma di governo ed impone che l'esecutivo nominato dal Capo dello Stato, e che ha giurato nelle sue mani, sia provvisorio e dotato di poteri assai limitati in attesa del voto positivo della Camere.

La tecnica al servizio della democrazia governante, la torsione della forma di governo parlamentare verso modelli fondati sul *prius* della governabilità ad ogni costo, la democrazia decidente hanno determinato la spoliatura dei poteri di tutte le assemblee politiche dai Consigli comunali al Parlamento.

L'esito lo abbiamo sotto i nostri occhi: una politica commissariata, la decomposizione dei partiti, la dissoluzione del sistema parlamentare, la cui fisiologia dipende innanzitutto dal funzionamento del rapporto dialettico maggioranza-opposizione. Il passo successivo non può che essere la regressione tra i cittadini della consapevolezza rispetto al principio democratico. Il timore è che l'emergenza – e la storia ce lo insegna – possa essere utilizzata per innervare nei tessuti democratici corpi estranei, generando tra i cittadini confusione e generale propensione ad accertarli come fatti naturali e non evitabili.

La debolezza economica, le difficoltà materiali, i bisogni quotidiani possono indurre a sottovalutare l'essenza più profonda del principio democratico, conducendoci in una spirale dalla quale poi risulterà difficile poter riemergere.

Occorre ripartire da un Parlamento:

1. che sia consapevole di essere il luogo del dialogo, del conflitto, della sintesi, in grado di esprimere atti qualitativamente apprezzabili, anche attraverso l'assunzione di decisioni da parte di collegi più limitati quali le Commissioni, specie se permanenti;
2. che sia il luogo per eccellenza della rappresentanza democratica, il *continuum* naturale dei partiti politici, tale da contrapporsi al dualismo Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio.

È necessario che i Presidenti di Assemblea recuperino la loro centralità rispetto alla

funzione di indirizzo politico, con la consapevolezza che il Presidente della Repubblica, e a maggior ragione se ispiratore di formazioni di governo, si ponga tendenzialmente come titolare di interessi diversi da quelli delle Assemblee parlamentari. In questo senso valorizzare i regolamenti parlamentari quale espressione della funzione di indirizzo politico del parlamento nel rapporto dinamico maggioranza-opposizione.

Infine, *lavorare* per una rappresentanza democratica che, nella sua forma più compiuta, implica il sistema elettorale proporzionale, in grado di recepire le istanze provenienti dal basso, tipiche delle democrazie che poggiano sul conflitto, come deve essere la forma di governo parlamentare. Insomma, un sistema elettorale che, uscendo dall'ideologia della governabilità e della supposta efficienza a *tutti i costi*, possa effettivamente essere la proiezione della conformazione politica del Paese, sede in grado di amplificare e recepire le plurime e conflittuali istanze della società.

Ma il processo di costruzione della rappresentanza democratica rivitalizzata non può essere *monopolio* degli istituti classici della democrazia partecipativa, quali i partiti politici; è necessario curare e sviluppare il più possibile la visibilità dei dissensi, dei conflitti, dei movimenti e dei comitati non strutturati, di tutte quelle espressioni che non si pongono contro la rappresentanza ma che spingono per un'altra rappresentanza. Queste energie non possono che avere loro origine e sviluppo che nel *milieu* locale, nei conflitti nei territori, dove portano avanti istanze ambientaliste, sociali, culturali. La rappresentanza diventa democratica soltanto se entra in sinergia, anche conflittuale, con queste energie diffuse, e il livello locale, il suo sviluppo sarà dirimente per raggiungere tale obiettivo.

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO. SPUNTI DI RIFLESSIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO*.

di Giuseppe Di Costanzo**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Due casi in materia di *fine vita*: Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro. – 3. La legge 14 dicembre 2017, n. 219. – 4. Le disposizioni anticipate di trattamento. – 5. Il contenuto delle DAT e la figura del fiduciario. – 6. La capacità del disponente. – 7. Il momento della formulazione delle DAT. – 8. Conservazione e pubblicità delle DAT. – 9. – Conclusioni.

1

1. Premessa.

Il 14 dicembre 2017 è stato approvato dal Senato della Repubblica italiana il disegno di legge relativo alle “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento” entrato in vigore il 31 gennaio del 2018, come legge n. 219 del 2017.

La legge giunge al coronamento di un dibattito che si trascinava da anni su argomenti delicati quali il diritto alla salute e quello sull’indisponibilità della vita, dibattito che ha visto contrapporsi spesso posizioni laiche o religiose.

Nel formulare questa legge, il legislatore si è richiamato agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione; tale legge in parola tenta di armonizzare il complesso di questi principi con lo scopo precipuo di garantire «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità ed all’autodeterminazione della persona» (art. 1)¹.

Prima di analizzare nel dettaglio il testo della legge n. 219 del 2017, si evidenzieranno in sintesi i più recenti casi giurisprudenziali che hanno visto contrapposti opinione pubblica da un lato e giuristi dall’altro lato riguardo la tematica del c.d. *fine vita*.

Infine sarà analizzato il ruolo e la funzione notarile rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento (d’ora in avanti, per brevità, DAT), in modo da evidenziare le problematiche insorte a causa della predetta legge.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottore Magistrale in Giurisprudenza – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ Riguardo questa delicata tematica, cfr.: A. Nicolussi, Testamento biologico e problemi del fine - vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà, in *Europa e dir. priv.*, n. 2/2013, p. 457.

2. Due casi in materia di *fine vita*: Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro.

I primi due casi più eclatanti degli ultimi anni in materia di *fine vita* sono sicuramente il caso Welby ed il caso di Eluana Englaro, tralasciando per il momento quello di Dj Fabo². Nell'affrontare e cercare di dirimere la *vexata quaestio* sui principi di cui in premessa, la giurisprudenza ha tentato di delineare uno studio relativo ai legami molto stretti tra medico e paziente.

Essa ha valorizzato la libertà di autodeterminazione della persona cercando, al contempo, di superare una tradizionale concezione paternalistica e asimmetrica del comportamento del medico nei confronti del paziente.

La conclusione è stata quella di non ammettere pienamente il *fine vita* ma si sono lasciati ampi margini che dovrebbero essere colmati dal legislatore quanto prima. Si sintetizzano di seguito i casi.

Il primo caso, nel 2006, ebbe come protagonista Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare irreversibile il quale sopravviveva in virtù di un respiratore artificiale, per cui richiese il distacco dell'apparecchio. Il medico curante appose il rifiuto.

Welby ricorse al Tribunale Civile di Roma, che si pronunciò con sentenza del 16 dicembre 2006³.

Il Tribunale, in tale circostanza, riconobbe il diritto del paziente ad autodeterminarsi ma rigettò il ricorso di Welby per l'assenza di una norma *ad hoc in subiecta materia* della legislazione italiana, così come sancito dall'art. 32 della Costituzione.

Il secondo caso, nel 2008, ebbe come protagonista Eluana Englaro.

Questa, a seguito di un incidente stradale fatale, fu relegata in uno stato vegetativo irreversibile a causa dei gravi danni cerebrali.

I suoi genitori, nel 1999, chiesero la sospensione dei trattamenti sanitari argomentando che in passato più volte la figlia avrebbe espresso la propria volontà contro l'accanimento terapeutico.

² Per l'esame di tale vicenda cfr. E. Furno, "Il caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, in *Rivista AIC*, n. 4/2019.

³ Tribunale di Roma, 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, n. 4/2007, p. 461, in *Gius. civ.*, 2007, I, p. 2368, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 296.

Il 2 marzo del 1999 il Tribunale di Lecco⁴ respinse la richiesta effettuata dai genitori di sospendere i trattamenti sanitari, richiamandosi al principio dell'indisponibilità del diritto alla vita.

A seguito di un lungo iter giudiziario, la Suprema Corte di Cassazione pronunciò la sentenza del 4 Ottobre 2007, n. 21748, da alcuni considerata una vera e propria anticipazione della legge 22 Dicembre 2017, n 219.

La sentenza della Cassazione si soffermò, in particolar modo, sulla questione del consenso informato⁵.

Gli Ermellini, nel corpo di tale decisione, misero in correlazione l'aspetto del consenso informato con quello della possibilità di rifiutare le terapie sanitarie anche nella fase terminale.

Essi sostennero che la possibilità di rifiutare le terapie non avrebbe urtato contro i principi costituzionali perché il sacrificio della vita non può costituire il limite invalicabile dell'autodeterminazione terapeutica del paziente e del diritto alla salute dell'individuo⁶.

La Suprema Corte cercò quindi di sciogliere il difficile nodo gordiano di una situazione – come quella di Eluana Englaro – nella quale il soggetto non fosse cosciente e non avesse lasciato tracce scritte riguardo le sua volontà, e lo fece stabilendo che, anche al cospetto del vuoto legislativo in materia, «il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali».

I giudici della Corte di legittimità indicherebbero quale soggetto interlocutore del personale medico il tutore del paziente che si trovi in uno stato vegetativo irreversibile, in quanto il primo ha in affido, non solo gli interessi patrimoniali del secondo ma anche la cura della persona.

La Corte Suprema, quindi, passò ad analizzare l'aspetto della c.d. nutrizione e idratazione artificiale come trattamento sanitario a tutti gli effetti, per cui esclude il potere del giudice

⁴Tribunale di Lecco, 2 marzo 1999, sentenza reperibile online all'indirizzo www.unipv-lawtech.eu/files/englarolecco1999.pdf. A tale sentenza ha fatto seguito Corte d'Appello di Milano, 16 dicembre 2006, reperibile online in www.europeanrights.eu/public/sentenze/corteApp.Mi.doc

⁵ Corte di Cassazione, n. 21748/07, «Il consenso informato apparirebbe essere una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico»

⁶ Corte di Cassazione, n. 21748/07, «il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

di ordinare l'interruzione di tali trattamenti.

Questi potrà solo controllare la legittimità della scelta compiuta dal legale rappresentante dell'incapace, cioè, il tutore; scelta considerata legittima a patto che si rispettino due precise condizioni:

- il paziente si in stato vegetativo irreversibile;
- la presenza di un'istanza che esprima la voce del rappresentato, basata sulla sua personalità, sulle sue convinzioni e sul suo stile di vita.

La Corte cassò il decreto impugnato e rinviò gli atti a sezione diversa della Corte di Appello di Milano⁷.

La coraggiosa – forse ardita – decisione della Corte Suprema nacque, probabilmente, dalla volontà di convertire l'espressione della volontà del paziente, incapace, tramite persone che si curino di lui nei trattamenti sanitari nell'ambito del fine vita.

In questo solco occorrerebbe inserire, al fine di una corretta interpretazione, anche le diverse pronunce riguardanti l'istituto dell'amministrazione di sostegno *ex artt.* 404 c.c. e seguenti⁸.

La legge n. 219 del 2017, sulla base di questo iter giurisprudenziale costante, indica il rappresentante legale dell'incapace quale interlocutore del personale medico in caso di incapacità del paziente nell' ipotesi in cui tale incapacità – originaria o sopravvenuta – comprometta il dialogo tra medico e paziente per il proseguimento delle terapie.

L'art. 2 della legge in esame prevede che debba essere il rappresentante legale (genitore

⁷ Corte di Cassazione, n. 21748/07 «Ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita (...), su richiesta del tutore che lo rappresenta e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (...) unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standards scientifici riconosciuti a livello internazionale e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute». Il Tribunale di Lecco non avrebbe verificato queste condizioni insieme alle testimonianze e alle altre risultanze istruttorie, tali da delineare la personalità della signora Englaro e delle sue idee in materia di dignità della persona

⁸ Tribunale di Modena, decr. 5 novembre 2008: «...è auspicabile la nomina di un amministratore di sostegno in previsione di una futura incapacità del soggetto, con ampia potestà decisionale in materia di consenso o meno verso i trattamenti sanitari». *Contra*, invece, Corte di Cassazione, 23707/12, «per la nomina dell'amministratore di sostegno, l'incapacità di intendere e di volere debba essere attuale». Il Tribunale di Cagliari, con decisione del 16 luglio 2016, si è pronunciato individuando l'amministratore di sostegno come colui che avrebbe «il compito di operare le scelte in materia di interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale in caso di sopravvenuta incapacità del paziente».

con potestà genitoriale, tutore, amministratore di sostegno con i compiti specificati nel decreto di nomina all'assistenza) a dare o non dare il suo consenso informato per quanto riguarda il trattamento sanitario, mentre al co. 5 dello stesso articolo è contemplato il ricorso all'autorità giudiziaria nel caso in cui fosse rifiutato uno dei trattamenti che i medici ritengano appropriati.

L'articolo 4, poi, è dedicato alle DAT e indica l'amministratore di sostegno come un sostituto sia del paziente incapace che del fiduciario e prevede al co. 4, che nel caso in cui il disponente non abbia nominato un fiduciario, o nel caso in cui questo rifiuti l'incarico o gli sia revocato, il giudice tutelare provvederà alla nomina dell'amministratore di sostegno al quale attribuirà anche una "delega sanitaria", cioè la potestà di prendere decisioni in ordine ai trattamenti sanitari⁹.

3. La legge 14 Dicembre 2017, n. 219.

Il corpo della legge n. 219 del 2017, assai breve in verità, si compone di soli otto articoli, divisi in tre sezioni¹⁰.

Il legislatore ha deciso di creare e rafforzare il coinvolgimento continuo del paziente poiché acquisire il suo consenso ai trattamenti sanitari garantisce la certezza del diritto nel rapporto sanitario, il rispetto delle sue volontà e pure il personale medico e quello infermieristico nella condizione di svolgere il proprio lavoro in maniera più serena.

Rispetto al passato, quindi, la legge in parola sostituisce la concezione asimmetrica medico-paziente con una più moderna concezione di *medicina condivisa*.

La predetta legge affonda le sue radici in diverse fonti:

1) la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo espressamente richiamata nell'articolo 1¹¹;

⁹ Prima dell'emanazione della 219 del 2017, l'argomento è stato trattato ampiamente in dottrina: M. Villone, *Il diritto di morire*, Napoli, 2011; P. Fimiani, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Gius. Civ.*, 2010, p. 93 ss.; G. Salito, *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico*, in *Iustitia*, 2009, p. 207; A. Scotto, *Testamento biologico e Amministrazione di sostegno: il Giudice tutelare compie un passo indietro, nota a Trib. Verona, 4 gennaio 2011*, in *Corr. Giur.*, n. 9/2011, p. 1290 e ss.; G. Gennari, *La via giurisprudenziale al testamento biologico*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 9/2008, p. 1828 ss.

¹⁰ Legge 22 Dicembre 2017 n. 219: Sez. I il consenso informato; Sez. II le disposizioni anticipate di trattamento; Sez. III pianificazione condivisa delle cure, che deriva dall'accordo tra medico e paziente.

¹¹ [...] il consenso libero e informato del paziente al trattamento medico non è solo un elemento della legittimità del trattamento stesso, quanto un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo.

2) la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina approvata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed approvata con legge 28 marzo 2001, n.145, che sottolinea l'importanza della tutela della dignità e dell'integrità della persona e dà rilievo alla volontà espressa dal paziente;

3) la sentenza della Corte costituzionale del 23 dicembre 2008, n 438 che qualifica il consenso informato come armonizzazione di due diritti fondamentali dell'individuo: l'autodeterminazione e il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*¹²

4. Le disposizioni anticipate di trattamento.

La forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata è la principale, ma non esclusiva, per le DAT.

Derivano importanti compiti affidati al notariato riguardanti l'aspetto della formazione e della conservazione di questi atti.

Per DAT si intendono le espressioni della volontà di una persona che, paventando la perdita – a causa di malattia oppure operazione chirurgica – della capacità di intendere e di volere, indichi i trattamenti medici e il percorso di cure cui si voglia sottoporre.

Essa può designare un fiduciario che potrà prendere in sua vece le decisioni riguardanti le cure, nel caso in cui egli non possa farlo in autonomia.

Le DAT si profilano come un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, non patrimoniale, ad efficacia differita in relazione a un successivo evento, quale la perdita delle capacità psichiche da parte dell'autore dell'atto.

Si tratta, altresì, di un atto personalissimo ed indisponibile, che non può essere compiuto da un procuratore.

Tale dichiarazione viene resa da un soggetto attualmente capace in previsione di un'eventualità che possano comportare un aggravamento delle sue condizioni di salute tale da inficiare gravemente la sua capacità¹³.

In genere si suole parlare di “testamento biologico”, “biotestamento” o “testamento in

¹² In tal senso cfr. C. Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli 2020; G. Razzano, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e innesto eutanasici*, Torino 2019.

¹³ Come DAT viene inteso comunemente il cosiddetto *testamento biologico* in merito, cfr., G. Bonilini, *Il testamento biologico*, in *Tratt. di dir. delle succ. e don.*, p. 67; C. Donisi, *Testamento biologico: quale rilevanza*, in: AA. VV., *Diritto e diritti di fronte alla morte*, Napoli, 2006, p. 101.

vita”¹⁴, espressioni non corrette dal punto di vista giuridico.

Infatti le DAT non costituiscono un atto *mortis causa* per mezzo del quale l’estensore regola i propri interessi e dispone dei propri beni per il momento in cui sarà deceduto, quanto, invece, trattasi di manifestazione della volontà che sarà efficace nel momento in cui l’autore sarà ancora in vita in relazione ai trattamenti medici ai quali potrebbe essere sottoposto.

Il volere dell’estensore, quindi, viene tutelato nella sua manifestazione ed espresso anticipatamente quando può essere ancora libero e ponderato; ecco, quindi, il perché venga affidato a un atto pubblico ovvero ad una scrittura privata autenticata, con cui il notaio, nella veste di pubblico ufficiale, è chiamato a creare le condizioni per la formazione del volere negoziale in materia di *scelte esistenziali*.

Il notaio, quindi, assicurerà la provenienza della dichiarazione dall’autore di essa, verificherà che questa dichiarazione di volontà provenga da un soggetto capace ed inviterà l’autore della manifestazione di volontà a soppesare tale dichiarazione soprattutto dal punto di vista degli effetti.

5. Il contenuto delle DAT e la figura del fiduciario.

L’art. 4, comma 1, della legge in esame individua quale presupposto necessario della dichiarazione anticipata l’adeguata informazione medica del paziente¹⁵.

Il notaio in materia patrimoniale appare come il garante del rapporto negoziale tra i contraenti.

Egli, in tale situazione, eserciterebbe un ruolo paritario di garanzia, seppur con finalità diversa, rispetto a quello tra medico e paziente, laddove il primo dovrà informare esaurientemente il secondo in materia di diagnosi, prognosi, evoluzione della patologia,

¹⁴ Si segnalano G. Ferrando, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, p. 178 e ss.; M. Fogli, S. Rossi, *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ. IX, Torino 2014, p. 645; D. Neri, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. Canestrari, G. Ferrando e S. Rodotà, (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano 2011, p. 1785 e ss.

¹⁵ L’art. 4, comma 1, della legge in questione, testualmente recita: «solo dalla chiara e piena espressione dell’autodeterminazione può discendere un volere perfettamente consapevole. È solo dopo che il paziente si sarà confrontato con i medici che potrà operare scelte consapevoli e, quindi, le disposizioni saranno “calibrate” sulla situazione esistenziale e medica del paziente, che, altresì, dovrà avere cura di esprimere il suo volere tramite un linguaggio adeguato, evitando di sottoscrivere semplici moduli o formulari predisposti».

qualità di vita attesa, possibilità di trattamenti palliativi.

Il Consiglio di Stato, in un noto parere¹⁶, si è espresso negativamente.

Riguardo alla forma, la legge in parola non impone obblighi precisi, ma sarebbe opportuno che dal documento risulti che il paziente abbia ricevuto le informazioni necessarie alla formulazione delle disposizioni.

È possibile, ma non necessario, richiamare o allegare i documenti medici¹⁷.

La dichiarazione del disponente sulle informazioni mediche e sulle modalità di acquisizione delle stesse costituiscono l'*incipit* dell'atto.

Chiarita questa condizione preliminare, il notaio si assicurerà che le disposizioni vengano espresse chiaramente e con precisione per non dare adito a dubbi di interpretazione tali da ricorrere alla via giudiziaria.

La legge in parola non indica quale sia il contenuto delle scelte del disponente.

Esse dovranno essere innanzitutto lecite e quindi esprimere il consenso o il rifiuto di trattamenti medici ivi indicati, comprese la nutrizione e l'idratazione artificiale.

Potranno affermare il rifiuto di accanimento terapeutico nel caso in cui sia scientificamente dimostrato che esso abbia l'unico effetto di prolungare la condizione del "*fine vita*".

Il disponente può dare il suo assenso per interventi di sostegno vitale (respirazione, alimentazione), anche se incosciente, come pure per tutti gli strumenti al fine di alleviare il dolore, compresi i farmaci a base d'oppio.

Tra le indicazioni che la legge in parola contempla tra quelle possibili del DAT, vi è l'indicazione di un *fiduciario* che farà le veci del disponente nei rapporti coi medici e con le strutture sanitarie.

Nella predetta legge sono disposti tutti gli adempimenti formali affinché possa essere considerato accettato l'incarico dal soggetto fiduciario¹⁸.

La figura di un *fiduciario per le decisioni in materia di salute*, che faceva le veci dell'interessato in caso del venire meno della capacità di intendere e di volere era già presente nella legislazione italiana al comma 40 della legge 20 maggio 2016, n. 76 riguardo

¹⁶ Consiglio di Stato n. 1991/18, «la necessità di indicare nelle DAT con giusto risalto la preventiva acquisizione di informazioni mediche da parte del paziente».

¹⁷ L' art. 1, comma 6, della citata legge dispone che «il paziente non può richiedere trattamenti sanitari illeciti oppure contrari alla deontologia professionale del medico o alle c.d. <good practices> mediche».

¹⁸L'art. 4, comma 2, della citata legge: «Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT».

le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze registrate.

L'indicazione di un fiduciario è una caratteristica eventuale, non necessaria delle DAT, come risulta dall'art. 4, comma 4, che aggiunge anche la possibilità di una sua eventuale sostituzione o revoca¹⁹.

Significativi problemi presenta la questione relativa all'accettazione dell'incarico da parte del fiduciario, che la legge non ha normato in dettaglio: il fiduciario potrà accettare la designazione ed assumere l'incarico in un momento successivo alla stesura delle DAT, ma la legge, in proposito, fa riferimento ad un *atto successivo* senza specificare che forma deve prendere il documento tramite il quale avvenga tale accettazione.

Se si ritenesse sufficiente a questo scopo la scrittura privata, sembrerebbe difficile accertare la sussistenza del requisito di capacità che la legge richieda come presupposto affinché l'assunzione dell'incarico sia valida.

Inoltre, nella legge, si parla di allegazione dell'accettazione alle DAT ma, nel caso in cui queste ultime siano state redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, sembra impossibile allegare un documento redatto in un momento successivo.

In definitiva apparirebbe lecito pensare che, nella legge, la locuzione *atto successivo* possa essere stata adoperata con accezione atecnica, prevedendo che il predetto accompagni le DAT nel fascicolo sanitario.

Riguardo al fiduciario, si segnala, tuttavia, che la legge in parola non prevede il caso in cui questi, pur non rinunciando all'incarico, non si attivi o non sia reperibile per esercitare le sue funzioni.

In tale evenienza, il giudice potrà nominare per il paziente un amministratore di sostegno di cui specificherà i compiti sostitutivi nel provvedimento di nomina.

Al fine di comprendere i compiti del fiduciario, in passato, si è preso a modello l'istituto del mandato con rappresentanza, asserendo – in tal proposito – alla *procura sanitaria*. Interpretando in maniera estensiva l'articolo 1703 c.c.²⁰, al fiduciario spetterebbe il compimento di atti nell'interesse di altri di tipo non patrimoniale, bensì riguardanti la sfera personale ed esistenziale del delegante in previsione della futura incapacità.

¹⁹ «Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile»

²⁰ Art. 1703 c.c. «Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra»

Questo modello implicherebbe una duplicità di rapporti, quello tra disponente e fiduciario da un lato e quello tra il fiduciario e i medici dall'altro.

Bisogna altresì ricordare che il Consiglio di Stato²¹, ha qualificato la nomina del fiduciario come «mandato revocabile *ad nutum*» ex art. 1771 c.c.²².

In virtù dello stretto legame tra il disponente ed il fiduciario, tuttavia, sarebbe preclusa la possibilità del primo di rilasciare al secondo una vera e propria delega in bianco perché l'articolo 4 della legge in parola considera la nomina del fiduciario come un vero e proprio corollario delle DAT²³, che potrebbero anche non prevedere la nomina del fiduciario²⁴.

Sembrirebbe, tuttavia, eccessivo parlare di una legittima *delega in bianco* proprio a partire dalle disposizioni della legge in parola circa i significati e i contenuti delle DAT, in quanto tale legge avrebbe lo scopo precipuo di valorizzare il principio di autodeterminazione del disponente. Riguardo invece le coordinate ermeneutiche che si sono interessate in termini di rappresentanza, il legame ontologico tra disponente e fiduciario sarebbe riconducibile all'art.1722, comma 1, n. 4, c.c.²⁵ tale che la sopravvenuta incapacità del mandante estinguerebbe il mandato (*mandatum morte finitur*).

Questa statuizione, sarebbe giustificata anche dal carattere dell'incarico rigorosamente *intuitu personae* dell'elemento fiduciario.

Vi sarebbe, inoltre, da ricordare che il mandato con rappresentanza è un modello di contratto a carattere obbligatorio, caratteristica che è in contraddizione con la legge n. 219 del 2017 laddove prevede che il fiduciario possa rinunciare all'incarico senza obbligo di motivazione.

Si ritiene, pertanto, che la funzione del fiduciario sia un vero e proprio ufficio di diritto privato di fonte volontaria che potrebbe essere assimilato alla figura dell'esecutore

²¹ Parere del 31 luglio 2018, n. 1991 «[...] nell'evenienza in cui le DAT esprimano in maniera compiuta e dettagliata la volontà del disponente circa il consenso o il rifiuto dei trattamenti sanitari, il fiduciario avrà un compito di mera esecuzione delle volontà del disponente, non esprimendo, quindi, una sua volontà sostitutiva rispetto a quella del primo. Sarà, quindi, da ritenere un "interprete autentico" e garante del volere che il disponente ha espresso in maniera completa nelle DAT»

²² Art. 1771 co. 1 c.c. «il depositario deve restituire la cosa appena il depositante la richiede, salvo che sia convenuto un interesse nell'interesse del depositante».

²³ A riguardo il Cons. di Stato nel richiamato parere del 31 Luglio 2018 n. 1991 afferma chiaramente che le DAT possono anche non contenere alcuna designazione del fiduciario, non assurgendo ciò a ed elemento strutturale della fattispecie

²⁴ In tal senso anche S. Delle Monache, *Il diritto sulla vita. Testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona*, 2018, p. 76; P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, p. 247.

²⁵ Art. 1722 c.c. «Il mandato si estingue [...] 4) per morte interdizione, inabilitazione del mandante o del mandatario [...]».

testamentario poiché un soggetto affida a terzi il compito dell'attuazione delle volontà quando non avrà più la possibilità di farlo di persona.

6. La capacità del disponente.

Il profilo funzionale dell'atto, operativo quando l'autore non ha più la possibilità di chiarirne la portata, consente di collegarsi alla tematica della "capacità di fare testamento" (o *testamenti factio activa*).

Tale locuzione indica l'attitudine della persona a stabilire, per mezzo dell'atto di ultima volontà, la sistemazione dei propri interessi – patrimoniali e non – per il momento in cui non sarà più in vita²⁶.

L'art. 591 c.c. asserisce la capacità di testare quale regola, mentre l'evenienza dell'incapacità costituisce l'eccezione, per cui sono indicate tassativamente le cause di incapacità, che non possono essere estese per analogia²⁷.

L'articolo succitato, infatti, indica le tre ipotesi riguardanti l'incapacità di testare²⁸.

Ove ricorra una di queste situazioni, l'atto è annullabile da parte di chiunque vi abbia interesse, entro cinque anni dall'attuazione delle disposizioni testamentarie.

Parimenti, applicando questo rapporto capacità/incapacità alle DAT, sarebbe possibile ragionevolmente argomentare che, siccome queste sono validamente compiute da maggiorenni e capaci di intendere e di volere, esse sarebbero precluse ai soggetti minorenni ed incapaci.

Seguendo questa linea interpretativa, si richiamerà la nozione di incapacità così come è delineata nell'art. 591 c.c., comma 2, n. 3²⁹.

L'art. 591 c.c. relativamente all'incapacità di intendere e di volere, include sia la categoria delle vere e proprie patologie mentali, sia tutti gli eventi che perturbino la volontà del testatore privandolo, anche temporaneamente, di ogni capacità decisoria.

²⁶ G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 70 ss.; AA.VV., *Le successioni. Manuale notarile*, Milano, 2016, p. 318.

²⁷ Così la giurisprudenza costante, *ex multis*, Corte di Cassazione, n. 8169/87, in *Mass. Giur. it.*, 1987, Core di Cassazione, n. 4561/82, in *Mass. Giur. It.*, 1982.

²⁸ [...] la minore età, l'interdizione per infermità mentale e l'incapacità di intendere e di volere.

²⁹ art. 591, comma 2, c.c., «Sono incapaci di testare: [...] 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento».

Ogni patologia idonea che determini l'interdizione, quindi, causerà l'annullamento del testamento che, in aggiunta, potrà essere reso possibile anche per altre cause di cui sarà accertata l'idoneità ad annullare completamente la capacità di discernimento del testatore. Occorre precisare che, nell'accertamento dell'elemento perturbatore, andrà anche valutato il rilievo che esso abbia sul processo volitivo del testatore³⁰.

Infatti dovrà essere attentamente soppesata la capacità di discernimento del testatore, e quanta influenza abbiano avuto su di essa fattori esterni e meramente temporanei.

Si dovrà valutare non solo la causa perturbatrice in sé – che potrà essere permanente, transitoria, episodica – come pure il suo effetto, cioè quanto sia grave l'alterazione delle facoltà mentali e intellettive sul soggetto testatore³¹.

La capacità di testare, pertanto, verrà esclusa dalle alterazioni del normale processo psichico e intellettuale a patto che queste cause siano talmente intense da impedire *in toto* al testatore della facoltà di concepire ed esprimere la propria volontà con la massima libertà³².

Alle DAT potranno perciò essere applicate dette osservazioni.

L'avanzare della malattia del disponente potrebbe incidere sul suo stato psichico inficiando la serenità delle scelte rispetto al decorso della propria patologia; sarà quindi opportuno nei casi dubbi acquisire un certificato medico che indichi l'assenza di stati depressivi gravi.

Restando nel campo dei rapporti tra DAT e disciplina testamentaria, l'art. 591 c.c. non dà disposizioni riguardanti il beneficiario dell'amministrazione di sostegno e l'inabilitato.

Dal vuoto legislativo non si potrebbe perciò rilevare la capacità di testare dei soggetti sottoposti a tali misure di protezione.

Ai sensi dell'art. 409 c.c. il beneficiario dell'amministrazione di sostegno ha una capacità di agire *residuale*³³.

Se la decisione del giudice con la forma del decreto non richiamerà esplicitamente l'incapacità così come prevista nell'art. 591 c.c. per gli interdetti, il beneficiario potrà

³⁰ A. Venturelli, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, p. 110.

³¹ L. Barassi, *La successione per causa di morte*, Milano, 1944, p. 310.

³² A titolo esemplificativo, si citano: Corte di Cassazione, n. 10571/98, in *Riv. Not.*, 1999, p. 1033 ss., Corte di Cassazione, n. 15480/01, in *Riv. not.*, 2002, p. 1531; Corte di Cassazione, n. 8728/07, in *Fam. dir.*, p. 676 ss.

³³ Art. 409 c.c. «Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria».

sicuramente rilasciare disposizioni testamentarie. In tale direzione andrebbe anche l'art. 441 comma 3 c.c.³⁴.

Tornando nel campo delle DAT, si potrà perciò ragionevolmente concludere che il beneficiario di amministrazione di sostegno potrà validamente disporre eccezion fatta al caso in cui la nomina dell'amministratore di sostegno gli sottragga la competenza esclusiva di esprimere decisioni relative alla salute della propria persona.

Riguardo invece il soggetto inabilitato ci si potrà ancora riferire agli art. 3, commi 4 e 5³⁵. Seguendo l'analogia prima citata di capacità/incapacità, si ritiene pacificamente che, l'inabilitato come può esprimere il consenso informato, allo stesso modo possa rilasciare le DAT a meno che non venga provato che nel momento in cui le abbia rese fosse in una condizione di incapacità naturale.

7. Il momento della formulazione delle DAT.

Tema alquanto dibattuto nei meandri dottrinari è sul momento in cui possano effettivamente essere rese le DAT: se, in altri termini, possano essere formulate solo da una persona affetta da una patologia che, esprima la sua volontà rispetto ai possibili esiti di questa e sulle cure da ricevere oppure se possano essere disposte anche da una persona sana nell'eventualità di una patologia che colpisca in futuro.

Partendo dal presupposto fondamentale che le DAT debbano essere espresse da una persona adeguatamente informata, c'è da osservare che una persona sana vive sicuramente condizioni diverse da quelle di una persona *malata* che in prima persona ha sperimentato gli effetti che la patologia ha causato concretamente al proprio *status* personale.

³⁴Per tutti, cfr. G. Bonilini, cit., 149; G. Capozzi, Successioni e donazioni, IV ed. a cura di A Ferrucci e C. Ferrentino, 2015, Milano, 670

³⁵ Legge 22 Dicembre 2017 n. 219, art. 3, comma 4: «Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

Questo ultimo presupposto illustrato ha indotto parte della dottrina a ritenere i soggetti affetti diagnosticamente da malattia come gli unici a poter essere legittimati a formulare le DAT, soprattutto qualora esse riguardino il rifiuto di farmaci salvavita.

La Suprema Corte di Cassazione con la ricordata sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748 asserisce che il rifiuto del trattamento sanitario debba essere successivo e non precedente rispetto all'informazione riguardante la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non evitabile in altro modo³⁶. Sarebbe solo da questo punto di vista, quindi, che la DAT è vista come consapevole poiché derivante da un vissuto concreto, cioè dall'esperienza della malattia affrontata dal paziente, esperienza preclusa ad una persona sana.

In obiezione a questa prospettiva interpretativa, è stato argomentato che a rendere meditate e consapevoli le disposizioni sul fine vita non ci sia solo l'esperienza della malattia, ma anche una completa informazione medica. D'altronde la legge in parola indica dei limiti squisitamente temporali per le DAT e cioè, il momento in cui ci sia la massima consapevolezza da parte del disponente.

In definitiva il disponente potrà essere una persona malata, come anche una persona sana che voglia lasciare disposizioni per un eventuale suo futuro *status* di grave infermità.

La distanza temporale rispetto alle condizioni di malattia, però, può influenzare i contenuti delle DAT: una persona sana potrebbe infatti dare disposizioni più generiche. A ciò si aggiunga che, nell'intervallo di tempo tra l'estensione delle DAT, e il momento in cui le scelte in esse contenute debbano essere attuate, la tecnologia medica potrebbe aver approntato altri strumenti tecnici qualitativi avanzati, con la conseguenza che i sanitari potrebbero trovarsi nella possibilità (come spiegato nell'art. 4, comma 5, della legge in parola) di disattendere le disposizioni delle DAT per applicare dette terapie capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del paziente.

Si ricorda, inoltre che, giusta l'art. 4, comma 6, il paziente, a patto che sia cosciente, potrà sempre rinnovare e modificare le DAT integrandole o precisandole.

³⁶ Corte di Cassazione, « [...] un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsiasi consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute».

8. Conservazione e pubblicità delle DAT.

In materia di conservazione delle DAT, la legge in parola non dà indicazioni chiare e precise per cui devono essere seguiti criteri generali.

Se le DAT sono redatte per atto pubblico, si applicheranno gli artt. 66 e 70 della l. 89 del 1913, rubricata legge notarile.

Il notaio conserverà a raccolta le DAT ricevute in forma pubblica, avendone la potestà di rilascio copie.

Riguardo le scritture private autenticate, si applicherebbe l'art. 72 della predetta legge notarile³⁷.

Per lacuna normativa non esiste obbligo espresso di tenuta a raccolta delle DAT, ma è comunque auspicabile che le DAT, di cui il notaio autentichi le firme, siano conservate tra i suoi atti, cosicché possano essere facilmente reperite ed eventualmente rilasciate in copia al fiduciario, alle autorità sanitarie ed eventualmente al giudice tutelare.

In caso di scrittura privata autenticata il disponente potrà esprimere – con dichiarazione resa in atto – il rilascio del documento in originale per motivi di riservatezza, che quindi non verrà conservato a raccolta.

In merito al rilascio di copie, andranno fatte alcune osservazioni.

Al riguardo, nella legge in parola, vi sono solo alcuni riferimenti lacunosi: l'art 4, comma 2, prevede il rilascio di una copia al fiduciario, mentre al successivo comma 7 si prevede la possibilità che le Regioni possano disciplinare una raccolta di copie delle DAT, mentre nessuna altra indicazione è fornita.

Al fine di sopperire a questa lacuna della norma in materia di riservatezza, il Consiglio di Stato ha sollecitato l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali³⁸.

Per individuare con maggior precisione i principi cui fare riferimento per affrontare l'argomento si potrà, ancora una volta, rimandare al negozio testamentario per quanto riguarda la vicenda effettuale delle disposizioni.

³⁷ L. 16 Febbraio 1913, n 89 art. 72, comma 3, che testualmente recita « [...] le scritture private, autenticate dal notaio, verranno salvo contrario desiderio delle parti e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale, restituite alle medesime».

³⁸ Parere 31 luglio 2018, cit.;

Riguardo alle DAT, infatti, sarebbe rinvenibile un doppio stadio di rilevanza giuridica in quanto queste sono immediatamente perfette ed efficaci per il disponente, mentre diventano rilevanti per i terzi solo nel caso in cui sopravvenga l'incapacità del disponente³⁹.

Tali principi potranno essere ragionevolmente applicati alle DAT finché il disponente conservi la sua piena capacità in quanto le stesse riguardano la stretta sfera personale del disponente; a ciò si aggiunga che, secondo il comma 2 dell'art. 4 della legge in parola, il fiduciario rientra tra coloro che possono chiedere copia delle DAT.

Una volta che il disponente, a causa di una malattia che si trova in stato avanzato, sia in condizioni di incapacità, potrebbe essere ragionevole pensare che il regime di rilascio delle copie delle DAT sia assimilabile a quello del rilascio di copie di testamenti successivamente alla morte del testatore, *ex art. 67, comma 1, della legge notarile*⁴⁰.

Altra questione problematica è quella della pubblicità delle DAT.

La legge 22 Dicembre 2017, n.219 *ex art.*, 4 comma 7⁴¹, statuisce la possibilità della creazione di una banca dati di raccolta delle DAT, a livello regionale, rivolta ai solo iscritti al Servizio Sanitario nazionale.

Analogamente, l'art. 1, comma 418, della legge 27 Dicembre 2017, n. 205⁴², prevede l'istituzione di una banca dati nazionale delle DAT presso il Ministero della Salute.

Il Consiglio di Stato, nel parere sopra richiamato, ha tentato di coordinare le due disposizioni per offrire un canone di interpretazione della legge in parola in grado di valorizzarne la portata applicativa, cosicché è giunto alla conciliazione dei due diversi termini («raccolta» delle DAT della legge in parola, «registrazione» delle DAT della legge 205 del 2017) statuendo che il registro nazionale non si limiterà a catalogare quanto

³⁹ L. 16 febbraio 1913, n 89 l'art. 67, comma 2, statuisce che «il notaio non può permettere l'ispezione, né la lettura, né dar copia degli atti di ultima volontà, e rilasciarne estratti e certificati, durante la vita del testatore, se non al testatore medesimo o a persona munita di speciale mandato in forma autentica».

⁴⁰ L. 16 Febbraio 1913, n 89 art. 67, comma1, «Il notaio [...] ha egli solo il diritto di permettere l'ispezione e la lettura, di rilasciare copie, gli estratti e i certificati degli atti da lui ricevuti, o presso di lui depositati, ivi compresi quelli conservati presso la struttura di cui all'art. 62 bis».

⁴¹ L. 22 Dicembre 2019, n 217 art. 4, comma 7, «le Regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio Sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili».

⁴² L. 27 Dicembre 2017 n. 205 art.1 co. 418 «E' istituita presso il Ministero della salute una banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Per l'attuazione del presente comma è autorizzata la spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2018».

raccolto dalle banche dati regionali, ma dovrà invece anche rendere conoscibili a livello nazionale le DAT nella loro interezza.

È auspicabile perciò che il notaio per tutelare la riservatezza del disponente, su richiesta dello stesso, dopo aver ricevuto le DAT, le invierà, a sua volta, alla Banca dati nazionale, istituita con la legge di bilancio del 2018⁴³.

A questo registro nazionale potrà accedere il medico che ha in cura il paziente nel momento in cui questo diventi incapace ad autodeterminarsi.

9. Conclusioni.

Con la legge analizzata il legislatore ha cercato di dirimere il problema delle DAT.

Appare tuttavia evidente che l'assenza, si oserebbe dire drammatica, di una legge *ad hoc* sulla tematica del c.d. *fine vita* pone un'attenta riflessione riguardo l'operato della giurisprudenza e degli operatori del diritto, avvocati e notai, tale da garantire i diritti costituzionali *ex artt. 2 e 3* da un lato e *art. 32* dall'altro, al fine di colmare una lacuna legislativa che lacera la coscienza sociale collettiva dei cittadini su temi alquanto delicati ma anche controversi.

Tuttavia, preme sottolineare, con senso critico, che, proprio in riferimento al secondo periodo di cui sopra il legislatore dovrebbe intervenire, non potendo una tal tematica essere lasciata al solo vaglio della giurisprudenza.

Si segnala in relazione a tale tematica l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza del 22 Novembre 2019, n. 242 in relazione al *caso Cappato*, quest'ultimo accusato di istigazione al suicidio di Fabiano Antoniani *alias dj Fabo* che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'*art. 580 c.p.*⁴⁴ con riferimento al caso di specie.

⁴³A tal proposito, vedasi la pagina dedicata del sito ufficiale del Ministero della Salute: <http://www.salute.gov.it/portale/dat/dettaglioContenutiDat.jsp?lingua=italiano&id=4956&area=dat&enu=vuoto>.

⁴⁴ Art. 580 c.p. «Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio».

La Corte, nella massima⁴⁵, si pronuncia solo direttamente sull'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. ma indirettamente tende anche ad ammonire proprio il perdurare di una *vacatio legis* con riferimento ad una tematica alquanto spinosa ed importante come quella del c.d. *fine vita* che interesserebbe aspetti particolari derivanti dal connubio di tematiche squisitamente di diritto pubblico, con riferimento alle libertà costituzionali da un lato, ed il limite delle medesime dall'altro tali da poter sfociare in reati perseguibili dall'ordinamento qualora vi siano astrattamente i presupposti come nel caso del dj Fabo⁴⁶.

La tematica, sicuramente estranea al diritto positivo vigente, risentirebbe non poco anche degli aspetti etico - morali appartenenti a ciascun individuo.

Abstract: Il presente lavoro è sul tema del *fine vita* con particolare attenzione alle DAT.

Si sono analizzati i casi giurisprudenziali di maggiore interesse sui principi di diritto costituzionale in oggetto con attenzione anche ad aspetti civilistici di diritto privato e della legge notarile riguardo il ricevimento delle DAT.

I casi giurisprudenziali Welby, Englaro ed Antoniani hanno confermato la presenza di una profonda lacuna legislativa del legislatore italiano sul tema del *fine vita*.

Il caso *Antoniani* è un *leading case* che ha suscitato l'attenzione della Corte Costituzionale con la sentenza 22 Novembre 2019, n. 242 con riferimento al reato dell'istigazione al suicidio.

⁴⁵ Corte costituzionale, 242/2019 «[...] non si esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

⁴⁶ Per l'esame di tale vicenda, cfr. E. Furno, "Il caso Cappato", cit.

Il tema delle DAT riguarda aspetti civilistici sulla volontà di regolare una condizione di futura incapacità di un soggetto colpito da incidente che pregiudichi gravemente le proprie capacità funzionali.

Sono stati analizzati gli aspetti riguardo la legittimità di ricevimento degli atti in oggetto ed il loro contenuto.

Abstract: This paper covers on the "end of life" with particular attention on DAT.

I have analysed case-law of major interest on the relevant principles of constitutional law. I have also focused on the civil aspects of private law and notary law regarding the receipt of the DAT.

The *Welby*, *Englaro* and *Antoniani* cases confirm the presence of a deep legislative gap of Italian legislation on the subject of end of life.

The *Antoniani* case is a leading case that elicited the attention of the Constitutional Court with the judgement n. 242 of the 22nd of November 2019 with reference to the crime of instigation to suicide.

The topic of the DAT concerns civil aspects related to the will to regulate a condition of future incapacity of subjects struck by accidents which gravely compromise their functional abilities.

I have also analysed the aspects regarding the legitimacy of the receipt of the documents in question and their content.

Parole chiave: DAT – stato vegetativo permanente – legge notarile – diritto alla salute – istigazione al suicidio.

Key words: DAT – permanent vegetative condition – notary law – health's right – instigation to suicide.

IL “GOVERNO” DELL’EMERGENZA SANITARIA QUALI EFFETTI SULLA COSTITUZIONE ECONOMICA E SUL PROCESSO “FEDERATIVO” EUROPEO*.

di Michele Belletti**

Sommario. 1. Impatto dell'emergenza sulla “libertà d'impresa”. – 2. Impatto dell'emergenza sulla “Costituzione economico/finanziaria”. – 3. Crisi simmetrica o crisi asimmetrica? Ovvero, il problema del “giusto bilanciamento” tra salute e libertà economiche. – 3.1. Il presupposto indispensabile della razionalizzazione della spesa pubblica. – 4. Il ruolo centrale dell'Unione Europea nel consolidamento fiscale, a fronte di alcuni indispensabili mutamenti di *governance*. – 4.1. Il ruolo svolto dall'Unione Europea durante la crisi sanitaria e durante la successiva crisi economica. – 4.2. Gli strumenti posti in essere in una prima fase, quelli prospettati e quelli auspicati. – 4.3. Le soluzioni successive: gli strumenti prospettati nella seconda fase. – 5. L'inevitabile riflesso sulle “opzioni federative” europee. – 6. La lungimirante prospettiva di cooperare a livello sovranazionale per proteggere i sistemi economici nazionali. – 7. Alcune sintetiche conclusioni in ordine alle conseguenze positive o deflagranti dell'emergenza sulla Costituzione economico/finanziaria.

20

1. Impatto dell'emergenza sulla “libertà d'impresa”.

è da premettere che, per quanto non si faccia qui riferimento ad un concetto stretto di Costituzione economica, intesa come quella parte della Costituzione che disciplina i «Rapporti Economici»¹, che va dall'articolo 35 all'articolo 47 (Titolo III della Parte I), ma ci si riferisca ad un concetto più largo, di Costituzione economico/finanziaria², è dalla prima che occorre prendere le mosse, per evidenziare come l'impatto dell'emergenza su

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Bologna “Alma Mater Studiorum”.

¹ Secondo il primo significato che Sabino Cassese dà al termine, in *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, p. 3.

² Che si avvicina di più alla terza accezione proposta da Cassese, quella che “non abbraccia soltanto le norme costituzionali [...], le leggi e l'opinione pubblica [...], ma anche un cerchio più ampio, il *diritto vivente*”; cfr., *op. ult. cit.*, p. 4. Sulla concreta conformazione della *Costituzione economica* italiana e sulle conseguenti *storture*, come l'incapacità di tenere alta la domanda interna con l'equilibrio dei conti con l'estero, la marginalità del reinvestimento e della produzione, il costante ricorso al terziario per generare posti di lavoro, cfr., W.A. Lewis, *The Theory of Economic Growth*, London, 1955; trad. it., *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 1963. Cfr., anche, G. Amato, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, p. 271 ss.

quella sia stato devastante, con una potenziale onda lunga, dunque con effetti che si riverberano inevitabilmente sulla c.d. *Costituzione finanziaria*.

Volendo prendere le mosse da una evidente semplificazione, è innegabile che l'impatto – e dunque gli effetti – dell'emergenza sanitaria sulla Costituzione economica sia stato seriamente problematico. Quanto tuttavia interessa in questa sede evidenziare e sondare, non è tanto l'impatto prodotto in via di fatto, quanto l'impatto prodotto in punto di diritto, in punto di riconsiderazione degli equilibri e dunque del bilanciamento tra i valori in campo, nei termini di un ripensamento e un arretramento verso la progressiva *fondamentalizzazione* della libertà di iniziativa economica privata, con un conseguente e inevitabile riequilibrio tra gli articoli 41 e 43 della Costituzione³, se non addirittura un riequilibrio tra i commi 1 e 3 dello stesso art. 41 Cost., che contempla la *funzionalizzazione* della libertà d'impresa, che può essere “orientata al perseguimento di interessi diversi da quelli liberamente scelti dal suo titolare”⁴.

Basterà a questo proposito ricordare la nota pronuncia del TAR Calabria sull'anticipazione delle aperture dei bar con servizio al tavolo post-Covid (sentenza n. 841 del 2020), a tenore della quale, «l'art. 41 Cost., nel riconoscere libertà di iniziativa economica, prevede che essa non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Precisa al riguardo il giudice amministrativo che, «Come noto, non è prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica, sicché», addirittura, «tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa»⁵.

³ Nel senso della *fondamentalizzazione* della libertà d'impresa si era chiaramente espresso R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, p. 193 ss.; in questo senso cfr., anche, G. Amato, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998. Su questa tendenza parrebbe oggi prevalere un elemento dirigistico/programmatorio. In argomento, cfr., tuttavia M. Olivetti, *Diritti Fondamentali*, Torino, 2018, p. 396, il quale ricorda che le condizioni dell'art. 43 Cost. devono “essere ritenute tassative”, intendendosi dunque quella norma come “fattispecie esclusiva, volta ad escludere le nazionalizzazioni in settori non rientranti nella nozione di servizi pubblici essenziali o non operanti del settore delle fonti di energia o, ancora, in settori di preminente interesse generale nei quali non esista una situazione di monopolio”. Così, cfr., C. Esposito, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 181 ss.

⁴ Cfr., M. Olivetti, *Diritti Fondamentali*, cit., p. 391, che ricorda come quella norma costituisca titolo di legittimazione costituzionale della programmazione economica, precisando tuttavia che, mentre la programmazione generale è stata tentata a livello nazionale unicamente durante gli anni '60, la programmazione di settore “ha in vario modo interessato specifici settori economici”.

⁵ Cfr., T.A.R. Calabria, Sez. I, sentenza n. 841 del 2020, Punto 18.1.

Ne deriva che, secondo il giudice che ha reso la pronuncia, non si coglierebbe «un contrasto, in particolare nell’attuale situazione di emergenza sanitaria, tra la citata norma costituzionale e una disposizione legislativa che demandi al Presidente del Consiglio dei Ministri di disporre, con provvedimento amministrativo, limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti»⁶.

In realtà, non solo non risponde al vero che tale libertà non è presidiata da riserva di legge, come si avrà cura di precisare, ma soprattutto, l’impostazione più sopra riportata evidenzia come sia il legislatore, sia il giudice adito non abbiano svolto alcun bilanciamento tra libertà d’impresa e *tutela della salute*, ma abbiano semplicemente sancito la soccombenza della prima di fronte alla seconda, con l’evidente conseguenza del serio dubbio di costituzionalità della misura per difetto di qualsiasi proporzionalità dell’intervento, in chiara dissonanza rispetto a quanto stabilito dalla Corte costituzionale in occasione delle due note pronunce sul c.d. *Caso Ilva*.

In quelle circostanze, infatti, è parso evidente che l’attento bilanciamento tra contrapposte esigenze e contrapposti valori costituzionali (salute e tutela dell’ambiente da una parte – diritto al lavoro e libertà d’impresa dall’altra) debba essere svolto in concreto, con specifico riguardo alla situazione di specie e non già in via generale e astratta. A testimonianza di ciò, i due esiti dei giudizi di fronte alla Corte costituzionale sono stati radicalmente contrapposti, perché diverse erano le situazioni fattuali dalle quali si partiva⁷.

Il che dicasi, come più sopra accennato, anche a voler qui tacere della più recente giurisprudenza costituzionale di valorizzazione della libertà d’impresa, soprattutto a partire dalla sentenza n. 200 del 2012⁸, che evidentemente il TAR Calabria non conosce. Così

⁶ Peraltro, precisa il TAR Calabria, «come rivela l’esame dell’art. 1 del d.l. n. 19 del 2020, il contenuto del provvedimento risulta predeterminato (“*limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande (...)*”), mentre alla discrezionalità dell’Autorità amministrativa è demandato di individuare l’ampiezza della limitazione in ragione dell’esame epidemiologico»; cfr., Punto 18.1.

⁷ Con la sentenza n. 85 del 2013, la Corte costituzionale aveva fatto salvo il decreto-legge che ammetteva la continuità dell’attività d’impresa, in quanto subordinata a interventi di risanamento ambientale e messa in sicurezza degli impianti, mentre con la successiva sentenza n. 58 del 2018, resa sul decreto-legge n. 92 del 2015, la Consulta ritenne che quel decreto non desse adeguato rilievo alle esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Secondo la Corte, infatti, «rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l’incolumità e la vita dei lavoratori costituisce condizione minima e indispensabile perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona»; Punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

⁸ Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 200 del 2012, Punto n. 7.3. del *Considerato in diritto*, ove si legge che «La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha

come, del resto, ha dimostrato di non conoscere la più risalente giurisprudenza costituzionale, quando la Consulta precisava, con la sentenza n. 78 del 1970, che «i limiti che possono essere prescritti a tale libertà [...] non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio». I limiti, peraltro, contrariamente a quanto rilevato dal giudice calabrese, sono assoggettati a una riserva di legge, prevista espressamente al 3° comma, ma estesa dalla Corte costituzionale anche al 2° comma, posto che «ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro diretta investitura» (sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 1962)⁹, ancorché si tratti di riserva di legge relativa e non già assoluta.

2. Impatto dell'emergenza sulla “Costituzione economico/finanziaria”.

Ciò premesso, a dimostrazione di quanto invece sia importante, se non indispensabile, un equo temperamento e bilanciamento tra la libertà d'impresa (di iniziativa economica privata) nel rapporto con le altre libertà, è indubbio che il sopra richiamato bilanciamento – se non addirittura *sbilanciamento* – non possa non produrre serie ripercussioni sulla Costituzione economico/finanziaria, anche in considerazione del fatto che, probabilmente, alcune delle imprese italiane, già prima del c.d. *lockdown*, scontavano una scarsa solidità di partenza, evidenziando già profili di sofferenza.

Su questa sofferenza si è innestata la limitata possibilità del nostro Paese di *spendere in deficit*. Sulla base di dati del giugno 2020¹⁰, infatti, l'Italia ha speso, per fare fronte alla prima fase della crisi, circa 75 miliardi di nuovo *deficit*, mentre la Germania ha investito poco più del doppio, ovvero circa 156 miliardi.

elencato all'art. 3, comma 1. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale» (cfr., a titolo di precedenti, le sentenze n. 247 e 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992).

⁹ In questo senso, cfr., M. Olivetti, *Diritti Fondamentali*, cit., p. 388, che ricorda come un'applicazione immediata si ebbe già con la sentenza n. 54 del 1962, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il r.d.l. n. 278 del 1936 “per la mancata specificazione a livello legislativo dei fini di utilità sociale, che pure, secondo la Corte avrebbero potuto, nel caso specifico, giustificare una limitazione radicale della libertà di iniziativa”.

¹⁰ Cfr., *Italia-Germania, un confronto. Le misure economiche tedesche per combattere la crisi*, in *La Repubblica – economia*, 14 giugno 2020.

Da più parti, le forze politiche, l'opinione pubblica, le parti sociali chiedevano all'esecutivo di fare di più, di *fare come la Germania*. Tuttavia, in pochi ricordano che se oggi la Germania può impiegare in sicurezza così tante risorse non è certo perché goda di un trattamento di favore da parte degli organi europei preposti al controllo sullo sfioramento del *deficit* e del debito, ma semplicemente perché da quando è finita la precedente recessione, la Germania ha ridotto il debito pubblico di 21,3 punti in rapporto al Pil (passando da 81,1% del 2012 al 59,8% del 2019, secondo fonte Eurostat), rendendolo perfettamente in linea con i parametri di Maastricht.

In Italia, invece, da quando è finita la precedente recessione, è stato ridotto il rapporto debito/Pil soltanto dello 0,7%, determinando uno scostamento dal 135,4% del 2014 al 134,8% del 2019, ampiamente oltre i citati parametri. Più specificamente, durante i primi governi dopo la crisi (Renzi e Gentiloni), il debito si è ridotto di 1,3 punti in rapporto al Pil, per poi risalire lievemente nei governi successivi.

Il che è accaduto peraltro a fronte di una crescente disaffezione nei confronti delle politiche di austerità, o meglio di coordinamento e contenimento della spesa pubblica. Non si deve dimenticare che nel corso dell'odierna legislatura le due principali riforme approvate dal precedente esecutivo, il c.d. *Conte 1*, sono state riforme *di spesa*, ma soprattutto che le forze politiche che le proponevano proprio su quelle hanno vinto le elezioni del marzo 2018, ovvero, il *reddito di cittadinanza* e la c.d. *quota cento*, che hanno determinato un importante impatto sulla spesa pubblica, con uno sfioramento iniziale del rapporto deficit/PIL superiore al 2%, senza produrre gli effetti positivi sperati su nuovi impieghi, ancorché a fine anno quel rapporto si sarebbe assestato sull'1,60%¹¹.

È dunque per quanto fino ad ora evidenziato che, evidentemente, l'Italia non può mettere in campo le stesse risorse impiegate dalla Germania, ma soprattutto, pur mettendo in campo risorse di gran lunga inferiori, si espone comunque sul versante debitorio e su quello della sostenibilità del debito pubblico, più di quanto già non lo sia¹².

¹¹ Non è certo in questa sede possibile entrare nello specifico delle due citate misure, ma è noto come il reddito di cittadinanza si sia caratterizzato come misura meramente assistenzialistica, prestandosi peraltro ad odiosi abusi e a varie forme di illegalità, quando invece il precedente reddito di inclusione su base regionale aveva prodotto risultati sicuramente migliori; mentre *quota cento* ha determinato numerosi (pre)pensionamenti e la chiusura di esercizi commerciali importanti, a volte storici nelle città, senza produrre la nuova occupazione sperata.

¹² Interessanti al riguardo le acute osservazioni di G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2014, p. 30 ss.

3. Crisi simmetrica o crisi asimmetrica? Ovvero, il problema del “giusto bilanciamento” tra salute e libertà economiche.

Ne deriva così che il punto di partenza del ragionamento è che, nonostante si parli in questo caso, a differenza di quanto avvenne nel periodo 2008/2012 a seguito della crisi dei debiti sovrani, non già di una crisi *asimmetrica*, che colpisce gli Stati in maniera differenziata, ma di crisi *simmetrica*, che colpisce tutti gli Stati nello stesso modo, è opportuno precisare che, a ben riflettere, tutte le crisi nascono come *simmetriche*, perché le condizioni globali che le determinano sono eguali per tutti i Paesi, ma poi, nei riguardi dei singoli Paesi quelle stesse crisi diventano *asimmetriche*, perché diversa è la capacità di risposta degli Stati, in ragione evidentemente (in questo caso) del diverso grado di esposizione debitoria, delle conseguenti misure di più o meno intenso contenimento della spesa pubblica e di definizione di limiti nell'erogazione di servizi di pubblica utilità.

Il che vale in particolare per la crisi da Covid-19, che, già dalla fase dell'emergenza sanitaria, ha dimostrato di essere una crisi delle *strutture sanitarie*, da tempo soggette a ingenti tagli alla spesa, nelle forme della razionalizzazione e del coordinamento finanziario, posto che quei Paesi con strutture sanitarie più solide hanno risposto meglio di altri; basti pensare al numero delle terapie intensive in Germania rispetto al numero di abitanti, raffrontato a quello decisamente inferiore dell'Italia.

È sotto gli occhi di tutti che la crisi sanitaria si è presto trasformata in crisi economica e che quanto più sopra rilevato ha prodotto effetti anche con riferimento alla gestione della crisi economica, posto che gli Stati con strutture sanitarie più *deboli* hanno dovuto adottare misure più stringenti e più rigorose (*lockdown* totali o quasi totali), di maggiore impatto sull'economia, proprio per evitare il collasso delle dette strutture.

È sufficiente, infatti, osservare i dati dei consumi di energia elettrica durante il *lockdown*, per rendersi conto che sostanzialmente in Germania, a differenza di quanto successo in Italia, il sistema produttivo non si è mai fermato: al 10 aprile 2020, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, l'Italia ha registrato una riduzione dei detti consumi del 27%, la Spagna del 21%, la Francia del 16%, il Regno Unito del 14% e la Germania, del solo 8%.

Alla base di ciò risiede sicuramente un diverso bilanciamento tra *tutela della salute* e

garanzia dell'iniziativa economica, che solo apparentemente può sembrare a vantaggio di quest'ultima, ma che ad una più attenta disamina si evince come funzionale proprio al primo valore. È innegabile, infatti, che è proprio l'attenzione rivolta all'impresa, alla produzione, al Pil e alla ricchezza che ha evidentemente consentito alla Germania di avere un rapporto enormemente più alto rispetto all'Italia tra terapie intensive per numero di abitanti.

Ne deriva dunque che quel bilanciamento, in principio apparentemente “*sbilanciato*” a favore della libertà d'impresa, poi si *ribilancia* immediatamente a favore della salute e più in generale del sistema socio-sanitario-previdenziale, perché garantisce maggiore disponibilità di risorse da investire in quei settori e soprattutto perché funzionale alla rapida ripresa economica, una volta terminata l'emergenza sanitaria. Il paradosso risiede nel fatto che proprio in quei contesti ove si è operata una chiusura delle attività economiche quasi totale a difesa della salute, è stato proprio quel medesimo valore ad essere inevitabilmente sacrificato (basti pensare alla sospensione, senza indicazione di un termine, di interventi chirurgici, di terapie o di visite nei confronti di malati oncologici di cardiopatici o di malati per altre patologie degenerative), mentre nei contesti ove la libertà d'impresa è stata salvaguardata più efficacemente, ne ha tratto indubbio vantaggio la stessa difesa della salute.

Il che rende evidente che è errata l'equazione *più spesa pubblica corrisponde a più risorse per il settore socio-sanitario-previdenziale*, posto che la condizione della Germania dimostra che risponde al vero l'esatto contrario, ovvero, *più razionalizzazione della spesa e contenimento del debito, maggiore sostenibilità di quello, maggiori risorse da impiegare nei settori citati*¹³.

Del resto, è stata proprio la Corte costituzionale di recente (cfr., la sentenza n. 18 del 2019), a imporre un limite all'indebitamento, a tutela delle future generazioni, assumendolo quasi alla stregua di un *valore costituzionale*.

¹³ È da rilevare, tuttavia, che non tutte le attività economiche hanno subito forti contrazioni dei guadagni, posto che, mentre dall'inizio del *lockdown* la stragrande maggioranza delle imprese globali ha visto crollare il proprio fatturato, i colossi del digitale hanno incrementato i loro ricavi. *Apple* ha battuto le attese sui conti; *Amazon* ha visto crescere il giro d'affari del 26%. La regina delle teleconferenze, *Zoom*, ha raggiunto in Borsa un valore maggiore di tutte le più grandi compagnie aeree. Tant'è che, se a Bruxelles sono pronti a riprendere il percorso del *Digital Service Act*, che punta ad aggiornare le norme sulle modalità di raccolta dei dati, per Margrethe Vestager, vicepresidente della Commissione Ue con delega al digitale, è arrivato il momento di accelerare sulla *web tax*, in ipotesi, lavorando con l'Ocse per una soluzione globale.

3.1. Il presupposto indispensabile della razionalizzazione della spesa pubblica.

Nonostante, ad avviso di molti, l'equilibrio di bilancio fosse già rinvenibile nel vecchio testo dell'art. 81 Cost.¹⁴, è emerso da subito come quella norma fosse inadeguata rispetto alle stesse intenzioni di quei costituenti che l'avevano fortemente voluta. Tra questi, fu pretesa in particolare da Luigi Einaudi, il quale voleva l'obbligo di copertura finanziaria per porre un ostacolo all'espansione della spesa pubblica. Risultato che non poté tuttavia essere assicurato nemmeno quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 1966, optò per l'interpretazione estensiva dell'art. 81 Cost., perché, proprio contrariamente all'auspicio di Einaudi, ad essere sottoposte al vincolo di copertura erano soltanto *le normali leggi*, con esclusione proprio della legge di bilancio¹⁵.

A proposito di indebitamento, con riferimento alla precedente crisi dei debiti sovrani, Giovanni Pitruzzella rilevava, a conferma che tutte le crisi nascono come *simmetriche*, ma diventano poi *asimmetriche* a seconda delle risposte che i singoli Stati sono in grado di offrire, alla luce dei loro sistemi economici, finanziari e debitori, che “il contagio della crisi scoppiata dall'altra parte dell'Atlantico ha innescato un materiale combustibile accumulato in decenni”. Infatti, “in un contesto di piena mobilità dei capitali e con una moneta unica i Paesi in cui si registrava perdita di competitività e crescita della domanda interna in misura superiore al PIL potevano finanziare tali squilibri attraverso l'indebitamento”. Il che è

¹⁴ Cfr., in questo senso G. Bogneri, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1993, p. 148, il quale sottolinea, con specifico riguardo alle pronunce di spesa della Corte costituzionale che quella che venne tratteggiata come “politica giurisprudenziale nel campo dei diritti sociali”, che si è posta a sua volta a ricalzo di una politica legislativa che aveva grandemente espanso le dimensioni dello stato sociale, aveva di conseguenza aggravato “il bilancio statale di spese prive della copertura voluta dall'art. 81”.

¹⁵ Così, cfr., A. Brancasi, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in C. Pinelli e T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, pp. 349-352, il quale ricorda che “almeno inizialmente, prevalse una *interpretazione restrittiva* della norma, secondo la quale il termine di raffronto, sulla cui base considerare ‘nuova e maggiore’ una spesa e quindi ritenerla soggetta all'obbligo della copertura, era costituito dagli stanziamenti del bilancio, per cui all'obbligo della copertura venivano sottoposte le leggi soltanto qualora, e nella misura in cui, rendessero doverosa l'iscrizione in bilancio di spese da questo non previste o previste in misura minore”. In sostanza, “all'obbligo della copertura veniva conferita la funzione di impedire che gli equilibri finanziari stabiliti dal bilancio potessero subire, in corso di esercizio, un peggioramento ad opera di altre leggi”. Venivano dunque sottratte all'obbligo costituzionale quelle leggi che, “pur disciplinando le spese in maniera talmente puntuale da renderne doverosa l'iscrizione in bilancio, lo avessero fatto prevedendo la realizzazione delle medesime in esercizi finanziari non considerati dal bilancio, cioè ponendo tali spese a carico di esercizi successivi a quello/i considerato/i dal bilancio”.

potuto avvenire fino a quando lo scoppio della crisi ha rallentato i movimenti di capitali e gli investitori hanno prestato particolare attenzione alla sostenibilità dei debiti¹⁶.

Proprio questa situazione ha trasformato completamente i processi decisionali politici, poiché, “quando uno Stato ha bisogno di accedere alle risorse del resto del mondo per finanziare il suo debito deve conquistare e mantenere la fiducia dei mercati”. Così, dopo la crisi dei debiti sovrani gli Stati si sono trovati in una situazione nuova, sono passati “dallo Stato fiscale allo Stato debitore”¹⁷.

Quando lo Stato democratico diventa *Stato debitore*, “le risorse di cui ha bisogno, anche una parte di quelle necessarie per tutelare i diritti, non sono ottenute in modo prevalente attraverso il prelievo fiscale, ma in misura significativa sono fornite dai creditori”.

Così, lo Stato deve “godere di una doppia fiducia: la lealtà dei suoi cittadini e la fiducia dei mercati finanziari. Ma queste possono entrare in conflitto perché diverse sono le richieste dei due ambiti di riferimento. Gli uni hanno di mira il soddisfacimento delle loro aspettative connesse all’incremento o almeno alla stabilità dei loro diritti; i secondi richiedono la solvibilità dello Stato e quindi, nel caso in cui i conti pubblici non sono in ordine, esigono politiche di consolidamento fiscale che implicano la limitazione delle aspettative dei cittadini”¹⁸.

Dunque, tenere assieme queste diverse fiducie, che sono spesso conflittuali e rispondono a logiche diverse, è la grande sfida delle istituzioni nazionali, ma indubbiamente, funzionali a questo scopo sono le misure di consolidamento fiscale, che dovranno comunque essere congiunte “alle riforme strutturali per migliorare la competitività”. Connessione che è diventata “una costante nei documenti delle istituzioni europee”¹⁹.

4. Il ruolo centrale dell’Unione Europea nel consolidamento fiscale, a fronte di alcuni indispensabili mutamenti di *governance*.

A fronte del quadro delineato, non può di conseguenza non diventare centrale il ruolo

¹⁶ Cfr., G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., pp. 30 e 31; cfr., anche, G. Amato e A. Graziosi, *Grandi Illusioni. Ragionando sull’Italia*, Bologna, 2013, p. 243.

¹⁷ Così, cfr., G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., p. 33; cfr., in particolare, W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, p. 100 ss.

¹⁸ Così, cfr., G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., p. 34.

¹⁹ Cfr., G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., pp. 33 e 34.

dell'Unione Europea, la quale tuttavia deve fare un ulteriore balzo di qualità. In particolare, diviene necessario modificare le regole di *governance* sulle questioni istituzionali, passando dall'unanimità alla maggioranza, qualificata o assoluta. In questo senso è la proposta di chi ritiene che solo in questo modo si può superare in seno al Consiglio europeo l'opposizione, come di recente manifestatasi, dei quattro Paesi *frugali* (Paesi Bassi, Svezia, Austria, Finlandia), che tutti assieme non raggiungono la popolazione e il Pil della Francia, sulla istituzione di un *Recovery Fund* non finanziato dal bilancio dell'Unione, ma sulla base di prestiti condizionati a riforme fiscali e finanziarie per i Paesi beneficiari²⁰.

Del resto, l'evoluzione dell'Unione Europea è da sempre andata nella direzione di avvicinare i processi decisori europei a quelli degli Stati, pervenendo con il Trattato di Lisbona al riconoscimento al Parlamento europeo di un ruolo quasi paritario a quello del Consiglio dei ministri nel procedimento legislativo, all'affermazione di un sostanziale rapporto fiduciario tra Parlamento e Commissione, *relegando*, infine, il Consiglio europeo, ove sono rappresentati gli Stati, al ruolo di organo di impulso²¹.

Del resto, proprio con riferimento alla precedente crisi, non mancava chi rilevava che “la crisi è molto di più di una fase negativa del ciclo economico, costituendo piuttosto una forte spinta verso la creazione di nuovi assetti politici e costituzionali. La crisi ha messo in moto un processo di mutamento dell'Unione Europea e, parimenti, ha riguardato gli assetti politici, istituzionali e costituzionali domestici. È naturale, perciò, che anche il processo decisionale politico degli Stati subisca significativi cambiamenti”²².

4.1. Il ruolo svolto dall'Unione Europea durante la crisi sanitaria e durante la successiva crisi economica.

Non è certamente possibile in questa sede approfondire l'argomento, ma è evidente che l'intervento preventivo per fare fronte alla crisi epidemiologica/sanitaria da parte degli Stati

²⁰ Cfr., B. Caravita di Toritto, *Tempi di crisi: è ora di cambiare il meccanismo decisionale della UE*, in *Il Dubbio*, 26 maggio 2020, p. 15.

²¹ Tant'è che Caravita conclude, rilevando che, o si rivede il sistema di decisione all'unanimità nel Consiglio europeo, ove le decisioni per consenso costringono ad una defatigante ricerca di un accordo, di un minimo comune denominatore che accontenti tutti, oppure, si torna alla lettera dei Trattati, secondo la quale il Consiglio è mero organo di “impulso”; cfr., B. Caravita di Toritto, *Tempi di crisi: è ora di cambiare il meccanismo decisionale della UE*, cit.

²² Così, cfr., G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., p. 30.

europei e da parte della stessa Unione Europea sia stato inconsistente, se non addirittura totalmente inesistente.

È evidente che il rapido espandersi del contagio ha prodotto un impatto rilevantissimo, se non addirittura deflagrante, sull'economia, investendo così numerose competenze esclusive o concorrenti dell'Unione europea, di cui agli artt. 3 e 4 del TFUE, quali, a mero titolo esemplificativo, l'unione doganale, la definizione di regole di concorrenza per il funzionamento del mercato interno, la politica monetaria, la politica commerciale comune, la politica sociale, la coesione economica, sociale e territoriale, ecc., a tutela delle quali sarebbe stato forse lecito attendersi qualche azione preventiva. In sostanza, anche a non voler intervenire a tutela della salute degli individui, sarebbe stato lecito attendersi qualche azione a salvaguardia degli ideali posti originariamente a fondamento del progetto europeo, primo fra tutti il *mercato interno*, che ha invece registrato non pochi momenti di regressione con riferimento proprio a strumenti indispensabili per fare fronte alla crisi – si pensi ai presidi sanitari.

A fronte di questa colpevole inerzia, una volta affacciatosi il contagio, piuttosto che tentare di abbozzare un'azione di contenimento comune, taluni Stati hanno preferito sacrificare le tradizionali libertà di circolazione «delle persone, dei servizi e dei capitali», di cui al Titolo III del Trattato di Roma, che istituiva la Comunità Economica Europea, siglato il 25 marzo 1957, prime vittime illustri dell'allargamento del contagio, chiudendo le frontiere.

Con il sacrificio di quelle libertà non ha tardato a concretizzarsi la sostanziale chiusura del *mercato comune*, ovvero proprio di quello che era il primo obiettivo del percorso federativo europeo, con il rifiuto di alcuni Paesi di esportare prodotti essenziali per combattere il contagio, quali, mascherine, respiratori, ecc. Il che ha evidenziato un vero e proprio *fallimento del mercato*, fallimento in particolare del *mercato interno europeo* e della certezza di poter sempre reperire su quel mercato qualsiasi prodotto, tanto da spingere a non stimolare sul territorio nazionale quelle produzioni ritenute (forse erroneamente) non strategiche, non necessarie, o semplicemente non remunerative, facendo rimpiangere la programmazione economica e il governo pubblico dell'economia, comunque prospettati dagli articoli 41 e 43 della Costituzione, evidenziando l'emersione di veri e propri sovranismi e nazionalismi in campo economico.

Ancor più grave è il fatto che la situazione non è andata meglio con riferimento, quanto meno, alla prima fase dell'intervento – o mancato intervento – successivo alla crisi

sanitaria, in costanza di crisi economica, una volta che si è esteso il contagio a gran parte d'Europa e sono state chiuse le attività commerciali, le attività produttive, le scuole, ecc., con il c.d. *lockdown*.

Fin troppo note le (prime) dichiarazioni della Presidente della Banca centrale europea, Christine Lagarde sulla circostanza che non sarebbe spettato alla BCE tenere sotto controllo gli *spread* dei diversi Stati, che non possono essere catalogate come semplice *gaffe*, poiché se obiettivo della BCE è la salvaguardia dell'Euro, in esso vi rientrano indubbiamente tutte quelle attività funzionali alla difesa e promozione della stabilità economico-finanziaria dei Paesi membri, soprattutto in una fase complessa, se non drammatica, come quella odierna²³.

È noto che, in una prima fase, al Consiglio europeo del 27 marzo 2020, si è pervenuti ad un sostanziale nulla di fatto, quando, a fronte della richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, unitamente al Premier spagnolo e al Presidente della Repubblica francese di attivare dei titoli del debito pubblico europei per fare fronte alla complicata situazione economico-finanziaria venutasi a creare dopo l'esplosione della pandemia in Europa²⁴, la Cancelliera tedesca rispondeva che non si poteva uscire dal perimetro dei Trattati e che per crisi di questo genere si doveva ricorrere allo strumento del MES, il c.d. meccanismo salva Stati, determinando lo slittamento di qualsiasi decisione ad un incontro entro i successivi quindici giorni²⁵.

Sarebbe stato tuttavia, con ogni probabilità irragionevole, discriminatorio, oltre che sproporzionato, applicare ai Paesi che avessero fatto accesso al MES per far fronte a questa

²³ In questo senso va l'esortazione di Mario Draghi di agire subito per evitare la depressione economica, dalle colonne del *Financial Times* del 26 marzo 2020, ove precisava che le banche devono prestare "soldi a costo zero alle imprese disposte a salvare posti di lavoro" e che "le guerre sono state finanziate da aumenti del debito pubblico", che suona come una critica, se non addirittura una chiara sfiducia nei confronti dei vertici della BCE.

²⁴ In questa direzione, Italia, Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Irlanda, Slovenia e Grecia hanno firmato una proposta per istituire in Europa i c.d. eurobond.

²⁵ Invero, come è stato da subito evidenziato dal Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron, in un'intervista sul Corriere della Sera del 28 marzo 2020, il MES, nella sua versione originaria, è uno strumento che vale per i c.d. *choc* asimmetrici, che riguardino singoli Paesi, naturalmente anche più di uno, in situazioni come quelle della crisi 2008/2012, ove lo *choc* era non solo determinato dalla crisi dei debiti sovrani, ma anche da una certa responsabilità degli Stati colpiti, che non avevano proceduto a riforme strutturali e che avevano un ingente debito, tale da renderli esposti sul mercato dei titoli di Stato, non avendo proceduto alla messa in sicurezza del sistema bancario, trovandosi con sistemi bancari deboli, la cui crisi ha prodotto effetti sistemici sulla crisi dei debiti statali. Nella situazione odierna, lo *choc* non è certamente asimmetrico, riguardando la grande parte dei Paesi membri dell'Unione europea, dipendendo da un fattore esterno ed estraneo ai sistemi economico/finanziari/bancari ed ai sistemi debitori, ovvero, una pandemia virale che ha colpito duramente tutte le economie europee, prescindendo da singole responsabilità.

crisi le rigorose condizionalità allo stesso correlato, unitamente ad una probabile richiesta di ristrutturazione del debito²⁶, alla quale quegli Stati non sarebbero stati certamente in grado di fare fronte. Ristrutturazione, peraltro, che li avrebbe resi ancor più deboli, rendendo i loro titoli del debito pubblico ancor meno appetibili per gli investitori stranieri. È dunque fin troppo evidente come, anche prescindendo per ora da considerazioni di carattere solidaristico/perequative, l'originaria posizione intransigente di Germania ed Olanda non solo pareva irragionevole, ma addirittura autolesionista, poiché non era pensabile che quella situazione drammatica e la conseguente crisi economica non colpisse anche gli Stati con posizioni debitorie sotto controllo, con la conseguenza che singole, ma rilevanti posizioni di debolezza all'interno dell'euro-zona avrebbero contribuito non poco ad indebolire la stessa moneta unica e tutti gli altri Paesi, riducendo sensibilmente i mercati intraeuropei presso i quali potere esportare, esponendo l'Unione stessa ad una concorrenza non sostenibile con le economie cinesi e statunitensi, ove, a fronte di una politica che guida l'economia – non già viceversa, come avviene in Europa – vengono impiegati ingenti mezzi economico/finanziari per consentire una pronta ripresa.

4.2. Gli strumenti posti in essere in una prima fase, quelli prospettati e quelli auspicati.

In attesa che i Capi di Stato e di Governo definissero misure efficaci, nella primissima fase della crisi, la Commissione europea ha da subito deciso la sospensione del Patto di stabilità, ovvero, ha attivato la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 del regolamento europeo 1467 del 1997, modificato nel 2005, che prevede a quali condizioni lo sfioramento del *deficit* venga considerato «eccezionale e temporaneo», potendo pertanto essere autorizzato²⁷.

²⁶ Cfr., in questo senso, A. Mangia, *Lettera sul MES. Così funziona la trappola (fatale) che ci consegna alla troika*, in *Il Sussidiario.net*, 11 marzo 2020.

²⁷ Si legge nella dichiarazione dei ministri delle Finanze dell'UE del 23 marzo 2020, che si condividono le valutazioni della Commissione di cui alla “comunicazione del 20 marzo, secondo cui sono soddisfatte le condizioni per ricorrere alla clausola di salvaguardia generale del quadro di bilancio dell'UE”, ovvero, l'esistenza di “una grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione”. Più precisamente, si rileva che “il ricorso alla clausola garantirà la flessibilità necessaria per adottare tutte le misure adeguate per sostenere i nostri sistemi sanitari e di protezione civile e tutelare le nostre economie, anche mediante ulteriori misure discrezionali di stimolo e azioni coordinate da parte degli Stati membri concepite per essere tempestive, temporanee e mirate”.

In sostanza, gli Stati membri potevano (e possono tutt'ora) derogare al parametro *deficit*/Pil e conseguentemente a quello *debito*/Pil, stabiliti nel 1997, con la contestuale sospensione del c.d. *braccio preventivo*, ovvero, il c.d. *semestre europeo*, nel corso del quale, con un preciso scadenziario, vengono fissati obiettivi di bilancio per ciascuno Stato membro, e del c.d. *braccio correttivo*, che contempla le procedure da seguire in caso di deviazione dagli standard prefissati, ovvero, la sorveglianza macroeconomica e finanziaria prevista dai c.d. *six pack* e *two pack*²⁸.

Nonostante l'entusiasmo con il quale sono state salutate queste misure, è evidente che, soprattutto per un Paese con un alto debito pubblico come l'Italia, non solo non potevano essere sufficienti, ma potevano essere addirittura controproducenti. La sospensione del *Patto* consentirà infatti di derogare al rapporto del 3% tra *deficit* e Pil, ma quello sforamento non farà altro che aumentare ulteriormente il debito pubblico, allontanando sempre di più il nostro Paese dal rispetto del parametro del 60% nel rapporto *debito*/Pil, prospettando, una volta passata l'emergenza sanitaria e quella economica, poderose azioni di contenimento della spesa pubblica o di aumento delle imposte, in funzione del rientro da quel debito ulteriormente aumentato, come del resto stabilito dalla riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio e dalla relativa disciplina attuativa²⁹.

A ciò si aggiunga che l'aumento del debito pubblico sottopone l'Italia in maniera esponenziale sui mercati finanziari a rischi di azioni speculative, al rialzo dello *spread*, con conseguente ulteriore aumento del debito pubblico e rischio di *default* o di ricorso al meccanismo del MES, con le sue condizionalità e la conseguente ristrutturazione del debito. Si rischia in sostanza di dare luogo ad un effetto domino di contagio delle economie che espone sui mercati finanziari gli Stati con i debiti pubblici più elevati. In un contesto, peraltro, ove, a differenza della crisi da poco trascorsa, l'odierna crisi economica non è imputabile a cattiva gestione da parte degli Stati, ma ad un evento eccezionale, quanto drammatico, quale una pandemia³⁰.

²⁸ Cfr., R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, pp. 299-301.

²⁹ In argomento, cfr., tra i tanti interventi, G. Scaccia, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2 del 2003.

³⁰ È da rilevare peraltro che questa non si tratterebbe di una concessione della Commissione europea, ma di quanto stabilito dai Trattati, come ad esempio, dal «Patto sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria», c.d. *Fiscal Compact*, che, alla lett. c), par. 1, art. 3, consente agli Stati di «deviare temporaneamente dal loro rispettivo obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo solo in circostanze eccezionali, come definito al paragrafo 3, lettera b)», ovvero, di fronte ad «eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti

Tra le prime misure – comunque insufficienti – predisposte dalla Commissione europea era contemplata anche la previsione di maggiore flessibilità sulle regole per gli *Aiuti di Stato*, onde consentire agli Stati di erogare danaro alle imprese colpite dalla crisi economica, successiva a quella sanitaria³¹.

È di tutta evidenza come anche questa misura presentasse le medesime controindicazioni della precedente, posto che anche i citati contributi non avrebbero fatto altro che rimpinguare il già ingente debito pubblico italiano.

Nel caso di specie, si nutrono finanche dubbi sull'inquadramento della fattispecie giuridica, posto che notoriamente l'aiuto di Stato presuppone il c.d. *vantaggio selettivo* a favore di talune imprese o di talune produzioni, mentre, nel caso di specie si tratterebbe di interventi generalizzati nei confronti di tutte le imprese colpite dalla crisi. L'aiuto di Stato deve inoltre falsare o minacciare di falsare la concorrenza e deve incidere sugli scambi tra gli Stati membri, ciò che difficilmente potrebbe verificarsi in questo contesto, poiché l'intervento finanziario avrebbe casomai l'opposta funzione di restituire una condizione di concorrenzialità alle imprese, di restituire alle stesse un'adeguata capacità competitiva sul mercato³².

Per finire, anche a voler considerare tali interventi come *aiuti di Stato*, l'odierna situazione rientrerebbe tra le ipotesi stabilite dall'art. 107.2, lett. b) TFUE, ovvero, tra quegli interventi compatibili di diritto con i Trattati, a prescindere da una valutazione della Commissione europea, per le ipotesi di aiuti «destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali», tra i quali non può non essere ricompresa l'odierna pandemia. Non certo tra le ipotesi entro le quali vengono ricondotte dalla Commissione europea, che presuppongono una valutazione in ordine alla conformità con i Trattati, ovvero, i casi di cui all'art. 107. 3, lett. b), che si riferisce a quegli aiuti volti a fare fronte «a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro».

Pare evidente pertanto che le originarie concessioni della Commissione europea, o non sono concessioni, in quanto previste dai Trattati, o si tratta di concessioni che recano in prospettiva comunque un danno al beneficiario della concessione.

ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine».

³¹ Ci si riferisce in particolare, alla disciplina di cui agli artt. 107, 108 e 109 del TFUE.

³² Sulle condizioni necessarie affinché gli interventi vengano considerati aiuti di Stato, cfr. R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, cit., pp. 221-230.

Dopo il Consiglio europeo del 27 marzo scorso la Presidente della Commissione europea, Ursula Von der Leyen, dalle colonne di un quotidiano italiano, si è scusata con l'Italia, precisando che l'Unione europea era diventata sensibile alle esigenze del nostro Paese e che solo la solidarietà tra gli individui e tra i Paesi avrebbe potuto farci uscire dall'odierna crisi³³. Tuttavia, in quella fase, le misure prospettate parevano ancora insufficienti, soprattutto nella loro impostazione di fondo, poiché, dopo aver ricordato la sospensione di alcune regole europee per dare al Governo italiano lo spazio di manovra per agire rapidamente, prospettava, quale iniziativa economica una *cassa integrazione europea*. Più precisamente, contemplava lo stanziamento di cento miliardi di euro per i Paesi più colpiti dalla pandemia, «grazie a prestiti garantiti da tutti gli Stati membri».

È di tutta evidenza, tuttavia, che si era ancora lontani da misure realmente solidaristiche/perequative, posto che la logica pareva ancora quella meramente *caritatevole*. Più precisamente, la logica è sempre quella del prestito, ancorché la garanzia di fronte ai mercati sia offerta da tutti gli Stati membri; prestiti che andrebbero comunque a rimpinguare l'ingente debito pubblico italiano. Per le medesime ragioni non poteva ritenersi soddisfacente l'originaria proposta di ricorso ad un *Mes ammorbidito*, ovvero, senza condizionalità, poiché anche in quel caso i Paesi interessati avrebbero visto comunque crescere il loro debito pubblico.

4.3. Le soluzioni successive: gli strumenti prospettati nella seconda fase.

Diverse sono le misure successivamente proposte o prospettate a livello di Unione Europea, talune delle quali hanno riscosso plauso quasi unanime, mentre altre hanno raccolto numerose critiche, in un contesto aspramente stigmatizzato dai critici, i quali ritengono che l'Unione Europea abbia elevato “il rapporto di debito a paradigma delle relazioni tra gli Stati membri”. Lo avrebbe fatto “alimentando politiche monetarie e di bilancio concepite ad arte per riservare ad alcuni Paesi lo *status* di creditori e imprigionare altri nel ruolo di debitori”. Vero è che “tutti gli Stati sono debitori, se non altro perché l'indebitamento

³³ Cfr., U. v.d. Leyen, *Scusateci, ora la Ue è con voi*, in *la Repubblica*, 2 aprile 2020, ove, la Presidente della Commissione europea riconosceva peraltro che “nei primi giorni della crisi, di fronte al bisogno di una risposta comune europea, in troppi hanno pensato solo ai problemi di casa propria. Non si rendevano conto che possiamo sconfiggere questa pandemia solo insieme, come Unione”.

sovrano si è imposto come espediente attraverso cui il capitalismo ha guadagnato tempo: ha consentito di finanziare il welfare e di rimandare così la sua crisi in quanto ordine in costante frizione con la democrazia”, nondimeno, “questa condizione aumenta nei periodi di crisi, quando gli effetti sono inversamente proporzionali a quello della solidità delle finanze pubbliche”. Il che determina per i Paesi con alto tasso di debito bassi livelli di crescita in un circolo vizioso dal quale è difficile uscire³⁴.

In quest’ottica, il MES (Meccanismo europeo di stabilità), viene concepito come “il principale strumento utilizzato dalla costruzione europea per alimentare relazioni tra Stati modellate sul rapporto debitorio, tanto da rappresentarne l’emblema”, facendo in taluni sorgere il dubbio che non possa essere attivato con condizionalità minime³⁵.

In realtà, chi argomenta in questi termini parte da un’analisi del MES così come disciplinato dai Trattati quale risposta al c.d. *No Bail out*, ritenendo che anche qualora non previste originariamente le condizionalità potrebbero essere stabilite successivamente, anche a fronte del rischio di un ricorso alla Corte di Giustizia da parte di un qualsiasi Stato membro, a fronte inoltre del rischio, forse più plausibile, che la decisione di assumere un prestito a tassi d’interesse più bassi rispetto a quelli *offerta* dal mercato venga concepita come un’ammissione di incapacità di fare fronte a tassi più elevati, determinando una pericolosa sovraesposizione sugli stessi mercati³⁶. Ancorché, pare indubbio che, a fronte degli oramai quattro scostamenti di bilancio approvati dal Parlamento da marzo a dicembre 2020, senza che questi abbiano inciso sul rafforzamento delle strutture sanitarie, accedere ad un fondo con un vincolo di destinazione avrebbe forse contribuito ad alleggerire la c.d. *seconda ondata*, rinforzando le terapie intensive, implementando il tracciamento, garantendo un ampio ricorso ad esami sierologici e tamponi, oltre che una larga disponibilità del vaccino anti-influenzale, praticamente introvabile in alcune delle più popolate aree del Paese.

Per quanto invece concerne il c.d. SURE (Fondo europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione), questo non sarebbe altro che “una proposta di

³⁴ Così, cfr., A. Somma, *Dal coronavirus al debito. Come l'emergenza sanitaria consolida le relazioni di potere tra Paesi europei*, in *Economia e politica*, 24/04/2020, p. 1.

³⁵ Cfr., A. Somma, *Dal coronavirus al debito.*, cit., p. 2.

³⁶ È evidente, infatti, che il *Mes tradizionale*, così come concepito nel 2012, per fare fronte alla crisi dei debiti sovrani e per prestare assistenza agli Stati in difficoltà finanziaria, a fronte di rigorose condizionalità, della cui riforma si sta ora discutendo, non ha nulla a che vedere con il c.d. *Pandemic Crisis Support*, quella linea di credito precauzionale nell’ambito del Mes, volta a fare fronte all’emergenza da Covid-19, che non prevede condizionalità, se non l’obbligo di adoperare quei fondi per sostenere costi diretti o indiretti nel settore sanitario, legato alla pandemia.

regolamento appena predisposta dalla Commissione”³⁷, che comunque, essendo sempre un *finanziamento* andrebbe ad incidere sul già ingente debito pubblico.

Lo strumento sicuramente più incisivo, ancorché più problematico, per le originarie e persistenti opposizioni di alcuni Paesi del nord Europa, i c.d. *Paesi frugali*, è il c.d. *Recovery Fund*³⁸.

Sullo specifico argomento, mercoledì 27 maggio, la Presidente della Commissione europea, Von der Leyen, ha proposto al Parlamento europeo l’istituzione di un fondo denominato *Next Generation EU*, da 750 miliardi di euro, in parte finanziato da Bond europei, in parte consistente in prestiti agli Stati richiedenti, a tassi d’interesse molto bassi. Di questi fondi era previsto che dovevano arrivare all’Italia 81 miliardi di aiuti, a fondo perduto, e 90,9 miliardi di prestiti, anche se la definizione del tutto è stata rinviata al Consiglio europeo del 17 e 18 giugno 2020.

Sicuramente si tratta di un importante passo avanti da parte della Commissione europea sulla strada di una vera definizione di politiche solidali europee, ancorché sempre funzionali allo sviluppo economico, posto che la Presidente della Commissione si è resa definitivamente conto del fatto che “la crisi ha effetti di contagio in tutti i Paesi e nessuno può ripararsi da solo”, perché, “un’economia in difficoltà da una parte indebolisce una forte dall’altra”, ritenendo di conseguenza opportuno trovare un punto d’incontro tra chi voleva risorse a fondo perduto e chi voleva concedere aiuti in cambio di riforme³⁹, ragionando come un vero Capo di Stato di un Paese federale, ove, la stretta connessione delle economie dei Paesi membri non può non determinare conseguenze su larga scala sull’intera *Federazione* di fronte a crisi o rischi di insolvenza territorialmente circoscritti⁴⁰.

³⁷ Così, cfr., A. Somma, *Dal coronavirus al debito.*, cit., p. 4. Il regolamento troverebbe base legale nell’art. 122 TFUE, norma che costituiva il fondamento del Fondo europeo di stabilità finanziaria, che ha assistito i Paesi colpiti dalla crisi del debito prima dell’istituzione del MES. Il comma 2 dell’art. 122 dispone: «Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un’assistenza finanziaria dell’Unione allo Stato membro interessato».

³⁸ Cfr., A. Somma, *Dal coronavirus al debito.*, cit., p. 5, il quale sottolinea che “è nota l’assoluta contrarietà dei Paesi creditori alla mutualizzazione del debito in genere e a quella che si realizzerebbe attraverso l’emissione di titoli del debito da parte di istituzioni europee o anche degli Stati membri congiuntamente. Per questo la dichiarazione dell’Eurogruppo evita accuratamente di menzionare gli Eurobond, limitandosi a richiamare la possibilità che il Fondo per la ricostruzione sia finanziato attraverso ‘strumenti finanziari innovativi’: un modo come un altro per lasciar cadere la cosa”.

³⁹ Così, cfr., U. v.d. Leyen, *Scusateci, ora la Ue è con voi*, cit.

⁴⁰ La stretta connessione tra la *globalizzazione dell’economia* e le esigenze tradizionali della statualità era già stata compresa in maniera assolutamente lungimirante alla fine degli anni ’80 da S. Ortino, *Ordinamenti costituzionali federativi. Analisi sulla natura giuridica delle Comunità europee*, Firenze, 1990, pp. 8 ss. il

Così, come è noto, dopo diversi giorni di riunione, dal 17 al 21 luglio, il Consiglio europeo ha raggiunto un accordo sul «Quadro finanziario pluriennale 2021-2027» e sull'associato programma *Next Generation UE*, che vede tra le principali novità una riduzione delle risorse complessive del Bilancio UE per l'intero settennato, pari a 25,7 miliardi di euro, onde tentare di corrispondere almeno parzialmente alle richieste dei c.d. *Paesi frugali* (Austria, Danimarca, Paesi Bassi e Svezia) di ridurre la spesa complessiva, ma soprattutto viene confermato il citato nuovo strumento dell'UE, volto a raccogliere fondi sui mercati, canalizzandoli poi verso programmi diretti a favorire la ripresa economica e sociale⁴¹.

Ciò rilevato, è del tutto evidente che questo nuovo impulso solidale della Commissione europea, sempre funzionale allo sviluppo economico, non sarà mai orientato, come avviene sovente in Italia, al mero assistenzialismo. Ne deriva che è del tutto evidente che, dato l'elevato debito pubblico dell'Italia, sarà indispensabile, condizionalità o meno, porre mano a riforme strutturali, che garantiscano una riduzione sistemica e periodica del debito ogni anno e sarà indispensabile un rigoroso controllo da parte europea sull'utilizzo dei detti

quale rilevava che “il processo politico in atto in Europa dalla fine degli anni settanta, ha luogo in concomitanza con un fenomeno più generale che va sotto il nome di globalizzazione dell'economia”. Non sarebbe stato difficile secondo l'Autore immaginare il nostro “probabile futuro” in questa area della vita sociale, ovvero, “un mondo in cui gli ordinamenti statali ad economia avanzata tenderanno a ridurre le tradizionali barriere per facilitare i rapporti tra le diverse comunità e permettere quello che diventerà sempre più una esigenza primaria dei popoli, il conseguimento dei migliori prodotti al prezzo più conveniente. La ‘sovranità dei cittadini’, l'imperativo politico degli ultimi due secoli negli Stati democratici, sarà con molta probabilità sostituita o integrata dalla ‘sovranità dei consumatori’, un modo diverso di esercitare i propri diritti, volto non soltanto ad influenzare la politica generale dei governi, ma ad incidere direttamente sul proprio livello di vita attraverso l'acquisizione dei servizi e dei prodotti ai minori costi, diretti (del mercato) e indiretti (nei confronti del fisco)”. Si prospetta così “una terza fase, dopo la prima del secolo XIX volta a massimizzare il profitto attraverso l'impresa privata, e la seconda tesa a regolare il sistema economico attraverso una gamma diversificata di strumenti pubblici. La terza che si sta affacciando in questi anni sembra destinata a sintetizzare le due fasi precedenti cercando di combinare i benefici dell'impresa privata con le esigenze di giustizia e socialità dello Stato interventista”. Concludendo che una sintesi non sarà certamente facile, ma sarà “l'unica via percorribile davanti a queste trasformazioni economiche mondiali per garantire ancora efficienza produttiva e giustizia sociale”. Il che, è di tutta evidenza, non potrà che avvenire ad un livello territoriale più ampio di quello statale. Nello stesso senso, cfr., Id., *Diritto bancario italiano tra pluralismo istituzionale e direttive comunitarie*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Vol. III, Modena, 1992, p. 1481 ss., laddove l'Autore parla di “tendenze verso le globalizzazioni della economia e la integrazione mondiale dei mercati finanziari, con intenti anche di uguaglianza concorrenziale, efficienza, garanzia e stabilità”.

⁴¹ Verrebbero confermate le risorse complessive, pari a 750 miliardi di euro, con una differente ripartizione tra sovvenzioni e prestiti, precisamente 390 miliardi in sovvenzioni e 360 in prestiti. Per quanto specificamente concerne l'Italia, stima il Governo che confluirebbero a vario titolo 208 miliardi di euro, con i prestiti che ammonterebbero a circa 127 miliardi di euro e le sovvenzioni a circa 81 miliardi. Cfr., *Esiti del Consiglio europeo straordinario – Bruxelles, 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020*, in Documentazione per l'Assemblea. Esame di Atti e Documenti dell'UE – Senato della Repubblica e Camera dei deputati. XVIII Legislatura, www.parlamento.it.

fondi, a fronte di una altrettanto rigorosa rendicontazione dell'uso degli stessi⁴².

Non è necessario, infatti, essere critici dell'Unione Europea, ma semplicemente avere un minimo di buon senso per capire che il «Patto di stabilità e crescita», attualmente solo sospeso, “tornerà a rappresentare il nucleo fondativo della *governance* europea”. A quel punto, un Paese come l'Italia “si troverà con un *deficit* e un debito esplosi oltre ogni limite, anche per l'estrema contrazione del pil, tanto da non essere più in grado di finanziarsi sul mercato”⁴³.

A meno che non si persegua seriamente la strada indicata dal c.d. *Fiscal Compact* di una riduzione del debito di un 20% all'anno, o comunque ci si avvicini a quella stima. Ciò significherebbe che per l'Italia il rapporto *deficit*/PIL non sarà mai al 3%, ma non potrà nemmeno superare il 2%, divenendo impossibile approvare bilanci con spese improduttive, quali il *reddito di cittadinanza* e *quota cento*. Di fronte ad una tale capacità di controllo della spesa pubblica, che si raggiunge tuttavia solo con riforme strutturali di semplificazione e di sburocratizzazione, non già semplicemente con coordinamenti, contenimenti o tagli alla spesa pubblica, saremmo comunque in grado di sostenere sul mercato l'ingente debito pubblico, purché naturalmente resti in piedi il fondamentale intervento salvifico dell'acquisto di titoli del debito pubblico dei Paesi europei da parte della BCE.

5. L'inevitabile riflesso sulle “opzioni federative” europee.

Ciò che maggiormente rileva in questa sede è che non ci si può non rendere conto del fatto che quanto fino ad ora prospettato vale sicuramente per individuare una soluzione all'odierna crisi economica, conseguente a quella sanitaria; tuttavia, non v'è chi non veda – e proprio in questa direzione vanno le sollecitazioni della Presidente della Commissione Europea – che proprio le modalità di risoluzione dell'odierna crisi saranno determinanti

⁴² Le avvisaglie politiche sulla gestione dei fondi, del c.d. *Recovery Fund* e le polemiche sulla *cabina di regia* e sugli eventuali poteri in deroga riconosciuti ai tecnici non solo non lasciano ben sperare, ma rischiano finanche di mettere in crisi la stabilità dell'esecutivo in un frangente così delicato. In argomento, cfr., *Governo, tutti contro Italia Viva. Il Pd: “No al Papete natalizio”*, in *La Stampa* del 12 dicembre 2020; *Se la crisi ritorna nel lessico della politica*, in *Corriere della Sera*, 12 dicembre 2020; *La lite sul Recovery Fund. Conte avvia la verifica. Dal Pd altolà a Renzi: con la crisi si va al voto*, in *Il Messaggero*, 12 dicembre 2020.

⁴³ Così, cfr., A. Somma, *Dal coronavirus al debito.*, cit., p. 6.

per comprendere lo stesso andamento, ma soprattutto, la direzione del “processo federativo europeo”⁴⁴. Si è già avuto occasione in altra circostanza di segnalare come indispensabile ai fini del perseguimento di un reale progetto federativo (o pseudofederativo) sia la concretizzazione di un vero e proprio *sistema fiscale europeo*, che consenta di operare a quel livello territoriale non solo scelte impositive *unitarie*, per evitare i deprecabili fenomeni di c.d. *fiscal dumping*, ma anche di realizzare autentici ed efficaci meccanismi perequativi, a quelle scelte strettamente correlati, mantenendo al contempo in capo agli Stati, come in un qualsiasi contesto *federato*, autonomia tributaria e finanziaria di entrata e di spesa, seppur sulla base di un chiaro indirizzo e coordinamento unitario⁴⁵.

Nella medesima direzione pare altrettanto indispensabile la stessa unificazione del debito, o meglio, l’accollo e dunque la distribuzione del debito di tutti i soggetti federati in capo al soggetto federante.

Nel passaggio dalla Comunità europea all’Unione Europea, ma soprattutto, nel momento della creazione dell’Unione monetaria non è stata infatti realizzata l’unione dei debiti, bensì, la mera “convergenza” degli stessi⁴⁶, posto che i noti parametri di riferimento del

⁴⁴ Cfr., a questo riguardo, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta on-line*, n. 2 /2020, p. 3, il quale sottolinea che a quel risultato si potrà pervenire quando l’indirizzo “politico” europeo non sarà più “il frutto dell’azione dei singoli Stati, delle singole cancellerie”, ma verrà definito compiutamente a livello europeo. Sul punto, cfr., anche, A. de Crescenzo, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Napoli, 2020, pp. 168 ss.

⁴⁵ Sia consentito al riguardo rinviare a M. Belletti, *Costituzione Fiscale Multilivello*, in *Federalismi.it*, n. speciale 5/2018, 14 dicembre 2018, pp. 8 ss., ove si ebbe modo di rilevare che “Le debolezze del processo integrativo europeo sono, con ogni probabilità, in parte la conseguenza di scelte originarie affrettate o necessitate, quali, ad esempio, la circostanza di aver coinvolto nell’Unione economica e monetaria, senza armonizzarle, esperienze istituzionali ed economie con forti differenze, ma sono anche la conseguenza di un difficile funzionamento successivo, che la crisi economica ha naturalmente accentuato, dovuto ad un mercato comune, con una moneta unica, innestati su situazioni economiche e debitorie radicalmente diverse, nonché su sistemi fiscali fortemente differenziati, con la conseguenza che la Costituzione del mercato unico, la Costituzione monetaria e la Costituzione finanziaria hanno viaggiato e continuano a viaggiare a velocità differenti”. È da rilevare dunque che “qualora non si completi l’unione monetaria con l’unione fiscale”, le descritte situazioni “possono incidere finanche sugli obiettivi fondanti quell’unione, soprattutto di fronte a crisi economiche che colpiscono in maniera asimmetrica i diversi sistemi economici”. Allo stato attuale, infatti, pare abbastanza evidente che l’Unione europea – economica e monetaria – non solo, “non ha determinato tassi di crescita economica omogenei, ma non è stata nemmeno in grado di rispondere efficacemente, se non con salvifici interventi di natura tecnica, alle citate crisi economiche asimmetriche, che hanno colpito diversi Paesi in maniera diversa, in ragione delle loro debolezze”. Così, “la gestione del debito pubblico, in ragione della globalizzazione del sistema finanziario, è uscita dai confini nazionali, rendendo di conseguenza gli Stati nazionali non più liberi, ma nemmeno in grado, di gestire le politiche fiscali e monetarie”. Il che testimonierebbe che “la gestione dei debiti sovrani non può che avvenire a livelli territoriali più ampi, in contesti caratterizzati da solidità economica e stabilità monetaria”.

⁴⁶ Così, cfr., F. Merusi, *Il debito pubblico nell’Euro. L’impossibile convergenza del debito pubblico dello Stato italiano*, in *Lo Stato – Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, n. 13/2019, p. 278. Ricorda l’Autore che si narra che “Bismark dicesse al re di Prussia che per istituire il secondo Reich occorreva pagare contestualmente i debiti di Ludwig, lo spendaccione re di Baviera”. Ancora, “Qualcosa del

Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea – il 3% nel rapporto *deficit*/Pil e il 60% nel rapporto debito/Pil – non sono altro che “il riferimento alla media dei valori esistenti nei Paesi dell'Eurozona al momento della stipula del Trattato”⁴⁷, ovvero, “valori statici”, fotografati in quel particolare momento storico, non certo “dinamici” e dunque non certo funzionali al governo della finanza pubblica, posto che quel medesimo debito pubblico rimaneva – e rimane tuttora – in capo ai singoli Stati membri.

Come è noto, oggi, le monete “non si reggono più sul valore intrinseco del metallo nel quale sono coniate”, bensì, “sono fondate su di una garanzia giuridica dell'emittente” e hanno “bisogno di un organo di governo che ne regoli la quantità e la circolazione”⁴⁸.

Questo ruolo, a livello di Unione Europea, viene svolto dalla Banca Centrale Europea, che si è progressivamente *arroghata* “poteri che eufemisticamente (si possono definire) impliciti”, decidendo di intervenire sulla quantità di moneta circolante non già aumentando la base monetaria, bensì attraverso l'acquisto di titoli di debito pubblico emessi dai singoli Stati dell'Unione, non direttamente dai singoli Stati, ma sul mercato secondario, con il c.d. *Quantitative Easing*, “che la BCE ha ripreso ad imitazione degli interventi della Federal Reserve americana, in occasione della crisi finanziaria che ha colpito l'economia statunitense dopo il 2007”, che poi si estese, per contagio, anche alle economie dei Paesi Euro dal 2008⁴⁹.

Significativamente, si noti che in quella fase il contagio è stato finanziario, mentre nella situazione odierna è stato un contagio *sanitario*, divenendo poi economico/finanziario. Il che significa che oramai non è pensabile ritenere che tutte le aree del mondo, soprattutto

genere pare che lo avesse detto prima, sempre per istituire un nuovo Stato nazionale, Farini, su più che probabile precedente indicazione di Cavour: per unire al Regno di Sardegna, cioè al futuro Regno d'Italia, le province emiliane bisognava accollarsi anche il debito pubblico del duca di Modena [...] e dopo il ducato di Modena l'accollo del debito pubblico fu esteso a tutte le altre entità statali poi confluite, con procedure diverse, nell'unione del Regno d'Italia”.

⁴⁷ Cfr., F. Merusi, *Il debito pubblico nell'Euro. L'impossibile convergenza del debito pubblico dello Stato italiano*, cit., p. 278.

⁴⁸ Molti ordinamenti hanno deciso di regolare l'economia con il c.d. *triangolo magico*, ovvero, “la realizzazione della stabilità dei prezzi attraverso l'equilibrio dei tre fattori: la moneta, la finanza pubblica e il rapporto di cambio con una moneta di riferimento” (solitamente, il dollaro); cfr., F. Merusi, *Il debito pubblico nell'Euro. L'impossibile convergenza del debito pubblico dello Stato italiano*, cit., p. 282.

⁴⁹ Così, cfr., F. Merusi, *Il debito pubblico nell'Euro. L'impossibile convergenza del debito pubblico dello Stato italiano*, cit., p. 283. Sul *Quantitative Easing* e soprattutto sul braccio di ferro tra Corte di Giustizia UE e Tribunale costituzionale tedesco, 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, che rileva che attraverso un *obiter dictum* “la Corte di Karlsruhe informa solennemente l'Unione europea che qualunque ipotesi di mutualizzazione del debito sarà considerata incostituzionale perché violerebbe la responsabilità complessiva di bilancio del Bundestag tedesco”.

quelle maggiormente sviluppate e industrializzate, non siano tra loro strettamente connesse, divenendo oramai indispensabile individuare strumenti di reazione diversi rispetto a quelli del passato recente, ma soprattutto quegli stessi strumenti dovranno essere definiti su una scala più ampia rispetto a quella esclusivamente nazionale.

6. La lungimirante prospettiva di cooperare a livello sovranazionale per proteggere i sistemi economici nazionali.

È indubbio, infatti, che la globalizzazione abbia profondamente cambiato la natura del processo produttivo, implementando così l'intensità dei legami tra Paesi⁵⁰. Il che, è stato autorevolmente rilevato, “non è tanto il risultato di scelte politiche quanto il frutto del progresso tecnologico nei trasporti, nelle telecomunicazioni, nei computer e nel software che ha reso conveniente lo scambio globale e la frammentazione produttiva”. L'Unione europea “è, per i paesi che ne fanno parte, di gran lunga la più importante area commerciale”. Tra i blocchi commerciali attivi a livello mondiale, quello dell'Unione europea è sicuramente maggiormente integrato, ove i due terzi del commercio europeo sono con gli altri Stati membri⁵¹.

Non v'è dubbio che “quanto più i vari Paesi sono tra loro collegati, tanto più esposti essi sono alla volatilità dei flussi di capitale, alla concorrenza sleale e ad azioni discriminatorie, quindi, ancor più necessaria diviene la protezione dei cittadini”, che ha consentito di realizzare i guadagni dell'integrazione e di contenerne i costi, assicurando un eguale livello di concorrenza, rispondendo ai bisogni dei cittadini, consentendo agli Stati di rimanere sovrani⁵². Ne deriva che in questo mondo così interconnesso, cercare l'indipendenza da queste istituzioni pone i Paesi di fronte a scelte complesse. Questi per poter continuare ad avere accesso al mercato unico “devono accettare passivamente regole scritte da altri

⁵⁰ Cfr., come sopra anticipato, S. Ortino, *Ordinamenti costituzionali federativi*, cit., pp. 8 ss.

⁵¹ Così, cfr., M. Draghi, *Lectio Magistralis*, tenuta in occasione del conferimento della *laurea ad honorem*, presso l'Università di Bologna – *Alma Mater Studiorum*, il 22 febbraio 2019, pubblicata su *IL FOGLIO* del 23 febbraio 2019, il quale precisa che “l'Europa ha tratto grandi benefici da questa integrazione”, sia per gli effetti diretti prodotti dal commercio, sia per quelli indiretti determinati dall'implementazione della concorrenza, tant'è che il mercato unico contribuisce ad un livello del PIL per l'Unione europea che è più alto del 9%.

⁵² Cfr., M. Draghi, *Lectio Magistralis*, cit.; basti pensare soltanto al tema della vigilanza bancaria europea e all'autorità che presiede alla risoluzione delle crisi delle banche, che ha contribuito “a contenere gli effetti dell'instabilità finanziaria”.

perdendo il controllo su decisioni che toccano l'interesse dei propri cittadini, o devono separarsi dai partner commerciali più importanti, perdendo controllo sul benessere dei loro cittadini”⁵³.

Collocarsi dunque al di fuori dell'Unione europea e dell'euro porterà sicuramente maggiore indipendenza, ma non certamente maggiore sovranità. Non v'è dubbio, infatti, che la globalizzazione vincoli la sovranità di un Paese anche nel limitarne la capacità di adottare determinate legislazioni o di fissare standard che riflettano gli obiettivi sociali di un determinato Paese, posto che di fronte a politiche fiscali aggressive, i Paesi sono spinti a usare gli standard di protezione sociale come uno strumento di concorrenza internazionale, con una *corsa al ribasso*. Proprio a questo riguardo, invece, “gli Stati membri possono, attraverso l'Unione Europea, coordinarsi per difendere la propria rete di protezione sociale, senza dover imporre restrizioni al commercio”⁵⁴, cosicché, l'Unione Europea non subirebbe i livelli di tutela sociale degli altri Stati, ma sarebbe in grado di imporre i propri, a fronte di una consolidata precettività di quei livelli⁵⁵, grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla Carta sociale europea nell'ambito del Consiglio d'Europa⁵⁶ e alla corposa giurisprudenza in argomento della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁵⁷, oltre all'acquisita precettività a livello eurounitario della disciplina Cedu, dopo

⁵³ Cfr., M. Draghi, *Lectio Magistralis*, cit., il quale ricorda che secondo alcune stime, la reintroduzione delle barriere commerciali in Europa determinerebbe per la Germania una riduzione del PIL dell'8%, mentre per l'Italia, del 7%. L'Unione europea, infatti, “produce il 16,5% del prodotto mondiale, secondo solo alla Cina”, il che offre a tutti i Paesi membri un mercato interno di grandi dimensioni ove riparare in caso di crisi commerciali mondiali. Peraltro, l'euro è la seconda moneta più utilizzata al mondo, ciò che pone gli Stati al riparo dalla volatilità del tasso di cambio.

⁵⁴ Cfr., M. Draghi, *Lectio Magistralis*, cit. Non solo diventa più difficile tutelare valori sociali fondamentali, ma si registra un'erosione della base fiscale societaria che riduce il finanziamento del *welfare state*. È difficile, tuttavia, che questo avvenga nei confronti di Paesi dell'Unione Europea, perché nessuna società abbandonerebbe quel mercato. È necessario, però, che non avvenga questo tipo di concorrenza anche tra i Paesi dell'Unione Europea, oppure, qualora dovesse accadere, che sia bilanciata da forti politiche perequative.

⁵⁵ Per una disamina ad ampio raggio delle prestazioni sociali in Italia, in un'ottica anche europea, cfr., G. Fares, *Prestazioni sociali tra garanzie e vincoli*, Napoli, 2018.

⁵⁶ Adottata a Torino nel 1961, rivista a Strasburgo nel 1996 ed entrata in vigore nella nuova versione nel 1999.

⁵⁷ A questo proposito si veda il completo volume di P. Bilancia, (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, più specificamente in quel volume, cfr., Id., *Per uno spazio europeo dei diritti sociali*, Torino, 2019, pp. 14 ss., ove viene rilevato che “La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha trasportato la dimensione sociale al centro della sfera pubblica europea, riconoscendo diritti sociali in modo da poterli configurare come un indispensabile *core* delle relative politiche”. Così, “passo dopo passo la Corte ha fatto valere diritti che hanno dato forma al patrimonio costituzionale europeo”, inteso come “l'insieme dei principi e valori attinenti ai diritti fondamentali della persona nella loro articolazione nei singoli Stati membri e come le regole relative all'organizzazione del potere pubblico nelle forme proprie dello Stato democratico e di diritto, così come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Corti Costituzionali nazionali nell'ambito del processo di *cross-*

il Trattato di Lisbona, e alla granitica giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁸.

7. Alcune sintetiche conclusioni in ordine alle conseguenze positive o deflagranti dell'emergenza sulla Costituzione economico/finanziaria.

Sulla base di quanto fino ad ora qui sinteticamente esposto, pare evidente che l'emergenza sanitaria prima e quella economica poi hanno messo in luce che situazioni del genere, affrontate singolarmente e separatamente dagli Stati nazionali, possono produrre effetti devastanti e deflagranti sui sistemi economico/finanziari. Mentre, qualora affrontati su più ampia scala – nel caso italiano a livello di Unione Europea – si è evidenziato che possono costituire paradossalmente un fattore propulsivo fondamentale in chiave federativa, poiché impongono scelte strategiche di condivisione e coesione socio-economica⁵⁹.

In sostanza, il Covid-19 sta mettendo realmente l'Unione Europea di fronte ad un bivio tra due opzioni: rimanere un'asettica organizzazione sovranazionale, governata da un poderoso (e forse inutile) apparato burocratico/amministrativo, oppure, camminare verso la creazione di un *demos* europeo che darebbe ben altra sostanza e ben altro significato allo stesso progetto europeo. Del resto, è stato efficacemente notato che "l'Unione europea ha

fertilization giurisprudenziale". Decisamente interessanti le osservazioni di J. Luther, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in P. Bilancia, (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, cit., Torino, 2019, p. 25 ss., che parla di attivismo politico programmatico dell'Unione Europea, rilevando che al *social summit* dell'UE di Goteborg del 17 novembre 2017, le istituzioni dell'UE "hanno definitivamente proclamato il 'pilastro dei diritti sociali', le parti sociali hanno cercato un nuovo avvio del dialogo sociale" e gli esperti hanno lavorato su specifiche azioni. Nello stesso volume, cfr., anche A. Ciancio, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, p. 53 ss.

⁵⁸ In argomento, cfr., il completo volume di V. Zagrebelsky, R. Chenal e L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, ove, pur dandosi conto delle due Carte dei diritti a livello europeo – Convenzione europea dei diritti umani e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – si precisa che "il diritto dei diritti umani in Europa risulta (soprattutto) dalla giurisprudenza europea". Sulle più recenti tendenze di vera e propria concorrenza tra giudici sovranazionali e giudici nazionali nella tutela di diritti fondamentali, cfr., G. Repetto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, p. 329 ss.

⁵⁹ Proprio le politiche di coesione dell'Unione Europea, che pure costituisce la seconda voce di spesa del bilancio UE, circa un terzo dello stesso, si sono dimostrate scarsamente efficaci a seguito dell'allargamento dell'Unione. Basti pensare infatti che l'allargamento ha aumentato più del 25% la superficie dell'Unione, più del 20% la popolazione, ma solo del 5% la ricchezza. Il PIL medio *pro capite* dell'UE è diminuito di oltre il 10%, mentre le disparità regionali sono raddoppiate. Ne deriva che ben il 60% delle regioni in ritardo di sviluppo è localizzato negli Stati che hanno aderito dopo il 2004, cosicché, il centro di gravità della politica regionale si è inevitabilmente spostato verso est. In questo senso, cfr. R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, cit., pp. 231-234.

istituito nel 1992 lo *status* di cittadino europeo”. Quella scelta “aveva l’obiettivo di ricordare a tutti i cittadini l’appartenenza a un progetto politico continentale comune”, mentre, le scelte su come risolvere la crisi economica determinata dal Covid-19 hanno rischiato di mettere “a rischio lo stesso significato della cittadinanza europea”⁶⁰.

Ci si incamminerebbe lungo il percorso tracciato già nel 1918 da Luigi Einaudi, quando ricordava che “gli Stati europei sono diventati un anacronismo storico”⁶¹, rilevando che “la prima guerra mondiale fu la manifestazione cruenta dell’aspirazione istintiva dell’Europa verso la sua unificazione”⁶², poiché, “il nemico numero uno della civiltà, della prosperità – ed oggi si deve aggiungere, della vita medesima dei popoli – è il mito della sovranità assoluta degli Stati”⁶³.

Solo superando quel mito si potrà “uscire dalle solidarietà *parziali* per approdare a una solidarietà *generale*, riconosciuta come principio costitutivo dell’ordine costituzionale”⁶⁴.

Il che potrà avvenire solo grazie alla “devoluzione alla federazione del regolamento della moneta e dei surrogati alla moneta”⁶⁵, la quale non potrà certamente essere fine a sé stessa o funzionale a mere esigenze economiche e di mercato, bensì, dovrà essere funzionale a un’ottica solidaristica, di precostituzione di vantaggi per i cittadini della federazione.

Con grande lungimiranza Luigi Einaudi indicava già la strada per risolvere le crisi, cicliche o meno, simmetriche o meno, che la stessa Unione avrebbe potuto attraversare, precisando che se “spetterà all’autorità federale di regolare la materia monetaria, l’autorità medesima potrà, in casi particolarmente gravi, deliberare di fare emissioni particolari di biglietti circolanti o di allargare le aperture di credito da parte della Banca centrale di emissione solo nel Paese dove cotal metodo di cura apparisse conveniente e potrà in tal caso stabilire saggi particolari di cambio fra i biglietti la cui circolazione sia ristretta ad un solo Stato ed i biglietti aventi circolazione federale”. Ne deriva che sicuramente “le crisi medesime saranno meno gravi di quel che siano in un mondo spezzettato ed irto di gelosie internazionali”⁶⁶. Del resto, “la necessità di unificare l’Europa (era) evidente”, poiché “gli Stati esistenti sono polvere senza sostanza. Nessuno di essi è in grado di sopportare il costo

⁶⁰ Cfr., L.F. Pace, *Vertice UE. Coronabond e Mes, qual è la vera alternativa tra i due?*, in *il Sussidiario.net*, 7 aprile 2020.

⁶¹ Cfr., L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, Bologna, 1986, (ed. originale, Milano, 1948), p. 45.

⁶² Cfr., L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, cit., p. 45.

⁶³ Cfr., L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, cit., p. 49.

⁶⁴ Così, cfr., S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2017, p. 33.

⁶⁵ Cfr., L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, cit., p. 101.

⁶⁶ Così, cfr., L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, cit., p. 103.

di una difesa autonoma. Solo l'unione può farli durare. Il problema non è fra l'indipendenza e l'unione; è fra l'esistere uniti e lo scomparire". Tant'è che potrà esistere ancora un territorio italiano; non più una nazione, "destinata a vivere come unità spirituale e morale solo a patto di rinunciare ad una assurda indipendenza militare ed economica"⁶⁷.

Sono queste le ragioni che spingono a ritenere che l'unica soluzione praticabile a livello di Unione europea debba essere, la si chiami come si vuole, una reale mutualizzazione tra tutti i Paesi membri degli sforzi economici per uscire dalla situazione di crisi, non certo soluzioni che aggraverebbero le posizioni debitorie di alcuni Stati già particolarmente esposti e che escluderebbero qualsiasi coinvolgimento in chiave solidale di quelli con più solide condizioni debitorie⁶⁸.

L'unica soluzione realmente solidaristica/perequativa non potrà che essere l'emissione, ancorché in via straordinaria, di titoli europei di debito pubblico, posto che, quanto meno con riferimento ai fattori scatenanti, ci si trova di fronte ad una crisi simmetrica, che potrebbe potenzialmente colpire tutti i Paesi europei e che soprattutto prescinde da responsabilità economico/finanziarie dei Paesi colpiti, considerando inoltre che l'onda lunga della crisi se non colpirà nell'immediato gli Stati con solide posizioni debitorie, li colpirà comunque in un secondo momento, in ragione dell'impatto prodotto sul fortemente integrato mercato interno europeo, caratterizzato da oramai ineliminabili strette connessioni sia sul versante della produzione, sia su quello delle esportazioni intra-europee⁶⁹.

⁶⁷ Così, cfr., L. Einaudi, *Sul tempo della ratifica della C.E.D. – 1° marzo 1954*, in *Lo scrittoio del Presidente 1948-1955*, Torino, 1956, p. 89.

⁶⁸ Posto, infatti, che il progetto federativo europeo si fonda "sull'obiettivo della creazione di una prosperità generalizzata", non certo fine a sé stessa, ma funzionale ad esigenze di coesione economica (secondo quanto emerge dagli articoli da 174 a 178 del TFUE, nell'ambito del Titolo XVIII, specificamente dedicato a "Coesione economica, sociale e territoriale"), la "presa di coscienza da parte dei cittadini che nel processo d'integrazione europea la sofferenza e la morte possano provocare il miglioramento macroeconomico [...] di alcuni Stati a discapito di altri determinerebbe [...] l'ulteriore allontanamento dei cittadini europei da tale progetto, [...] favorendo il ritorno [...] dei nazionalismi, che hanno determinato, nella prima parte del XX secolo, il fallimento del continente europeo"; così, cfr., L.F. Pace, *Vertice UE. Coronabond e Mes, qual è la vera alternativa tra i due?*, cit.

⁶⁹ Le dimensioni del mercato interno europeo sono infatti efficacemente evidenziate da R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, cit., p. 187, che ricordano come nel 2011 il Pil generato dai Paesi UE sia stato di oltre 12.000 miliardi di euro; il valore degli scambi commerciali tra Stati membri ha raggiunto i 2.800 miliardi di euro, mentre nel 1992 era di 800 miliardi di euro, vale a dire oltre un quinto del Pil della UE. Anche gli investimenti da Paesi esteri all'UE, verso Paesi UE è aumentato significativamente, dai 64 miliardi di euro del 1992 ai 260 miliardi di euro del 2010. Secondo le stime della Commissione europea, nel 2008 il Pil dei Paesi UE è stato del 2,13% più elevato di quanto sarebbe stato senza il mercato unico. Si tratta di un aumento di 233 miliardi di euro, corrispondente ad un aumento del reddito pro capite di circa 500 euro. Nello stesso periodo si stima che il mercato unico ha consentito la

Abstract: In questo contributo si è tentato di indagare quale sia stato l'impatto sull'economia della crisi sanitaria/epidemiologica, conseguente alla diffusione del virus Covid/19. Alla luce di quanto rilevato, si è preso atto di un sostanziale ribilanciamento di valori costituzionali, ai danni della libertà d'impresa. Le vicende dell'andamento pandemico hanno poi confermato queste tendenze, addirittura con la limitazione della circolazione delle persone e delle merci in ambito europeo.

Tuttavia, proprio l'Unione europea, in una prima fase non particolarmente attiva, ha preso atto dell'importanza e della drammaticità storica del momento, assumendo la consapevolezza che poteva diventare un momento di svolta verso un'opzione realmente federativa, oppure un momento di definitiva emersione di nazionalismi centrifughi.

L'insieme di fondi messi in campo dall'Unione europea testimonia la chiara volontà dell'odierna Commissione europea di andare in maniera decisa verso la prima opzione.

Abstract: In questo contributo si è tentato di indagare quale sia stato l'impatto sull'economia della crisi sanitaria/epidemiologica, conseguente alla diffusione del virus Covid/19. Alla luce di quanto rilevato, si è preso atto di un sostanziale ribilanciamento di valori costituzionali, ai danni della libertà d'impresa. Le vicende dell'andamento pandemico hanno poi confermato queste tendenze, addirittura con la limitazione della circolazione delle persone e delle merci in ambito europeo.

Tuttavia, proprio l'Unione europea, in una prima fase non particolarmente attiva, ha preso atto dell'importanza e della drammaticità storica del momento, assumendo la consapevolezza che poteva diventare un momento di svolta verso un'opzione realmente federativa, oppure un momento di definitiva emersione di nazionalismi centrifughi.

L'insieme di fondi messi in campo dall'Unione europea testimonia la chiara volontà dell'odierna Commissione europea di andare in maniera decisa verso la prima opzione.

Abstract: In this paper, an attempt was made to investigate the impact on the economy of the health/epidemiological crisis, resulting from the spread of the Covid / 19 virus. A

creazione di 2,7 milioni di posti di lavoro. È evidente che i descritti benefici potrebbero aumentare con il *rafforzamento* del mercato unico, ne deriva che deve essere interesse di tutti gli Stati salvaguardarne l'unitarietà e la coesione.

substantial rebalancing of constitutional values has been noted, to the detriment of business freedom, in the light of this research. The events of the pandemic trend has confirmed these trends, even with the limitation of movement of people and goods in Europe.

However, the European Union, that has been not particularly active in a first phase, took note of the importance and the historical drama of the moment, becoming aware that this moment could become a turning point towards a truly federative option, or a moment of definitive emergence of centrifugal nationalisms.

The plurality of funds provided by the European Union testifies the European Commission clear will to go decisively towards the first option.

Parole chiave: Costituzione economica – emergenza sanitaria – libertà d’impresa – sostenibilità debito pubblico – fondi europei.

Key words: economic Constitution – sanitary emergency – freedom of enterprise – public debt sustainability – European funds.

AMBIENTE, SALUTE ED EMERGENZA PANDEMICA *.

di Maria Grazia Nacci**

Sommario. 1. Rilievi preliminari. – 2. Connessioni fra ambiente, salute ed assetti socioeconomici. – 3. L'emersione dell'ambiente quale *diritto* nell'interrelazione con il diritto alla salute e quale *dovere* nella declinazione della solidarietà ambientale. – 4. Rinnovata *fondamentalità* del diritto *ex art.* 32 Cost. e bilanciamenti possibili dopo la pandemia. – 5. Qualche rilievo conclusivo.

49

1. Rilievi preliminari.

Secondo diversi studi esisterebbe una stretta correlazione fra insorgenza, diffusione e gravità degli effetti del Covid-19 (abbreviazione per *COronaVirus Disease-2019*, malattia causata dal coronavirus SARS-CoV-2) e degrado dell'ambiente naturale. Il Covid-19, si configurerebbe, così, come conseguenza per alcuni versi diretta (commercio e consumo di animali selvatici, deforestazione, erosione di habitat naturali)¹ e per altri versi indiretta

* Il presente contributo è destinato al Volume di A. Bonomo, L. Tafaro e A.F. Uricchio (a cura di), *La nuova frontiera dell'ecodiritto*, Bari, Cacucci, in corso di pubblicazione.

** Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Bari “Aldo Moro”.

¹ Il noto report del WWF, *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi – Tutelare la salute umana conservando la biodiversità* (reperibile su <https://oneplanetschool.wwf.it/library/pandemie-l%E2%80%99effetto-boomerang-della-distruzione-degli-ecosistemi-tutelare-la-salute-umana>) evidenzia come la deforestazione, la predazione di natura, la distruzione degli ecosistemi debba essere annoverata tra le prime cause delle diverse pandemie cui abbiamo assistito negli ultimi decenni (Ebola, AIDS, SARS, influenza aviaria, influenza suina), che hanno tutte avuto origine nei mercati delle metropoli asiatiche o africane, ove il commercio illegale di animali selvatici vivi (scimmie, pipistrelli, serpenti e rettili di vario genere, ecc.) offre pericolose opportunità di contatto tra l'uomo e le malattie infettive di questi esseri viventi, trasmissibili all'uomo (zoonosi). Tale fenomeno, conosciuto come *spillover* (termine coniato da D. Quammen, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, Milano, Adelphi, 2014), pone sovente enormi problemi perché, generalmente, il sistema immunitario del nuovo ospite è del tutto sprovvisto di risposte, rendendo possibili manifestazioni particolarmente gravi della malattia. Già nel 2016, nel *Frontiers Report* l'Unep (*United Nations Environment Programme*, organo istituzionale delle Nazioni Unite con compiti specifici sui temi della tutela ambientale e dell'utilizzo sostenibile delle risorse naturali) ricordava che circa il 60% di tutte le malattie infettive negli esseri umani sono zoonotiche, percentuale che sale al 75% nella più recente dichiarazione dell'Unep sul Covid-19, in cui si ribadisce che distruggere la natura e degradare gli ecosistemi, mette in pericolo la salute umana. Sul tema, P. Brambilla, *Il diritto dell'Ambiente e il Coronavirus*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 4 aprile 2020, p. 2; P. Wald, *Contagious: Cultures, carriers, and the outbreak narrative*, Durham, Duke University Press, 2008. Così, il Covid-19 sarebbe l'ultima zoonosi di una lunga serie. È noto che il contagio da SARS-CoV-2 nell'uomo sembra aver avuto origine nel grande mercato di animali di Wuhan, nella provincia cinese di Hubei, dove si commercializzano e macellano animali selvatici vivi di numerose specie di uccelli e mammiferi (v. P. Brambilla, *Il diritto dell'Ambiente e il Coronavirus*, cit., p. 3). Critico rispetto a tali ricostruzioni S. Nespore, *Covid e Ambiente: dove guarda l'angelo della storia?*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 21 settembre 2020, p. 1.

(crisi o emergenza climatica)² del grave impatto dell'azione dell'uomo sulla natura. In sostanza, l'ambiente aggredito³, diventerebbe a sua volta aggressore, con una inedita forza e capacità di espansione. Il fatto è che, comunque sia, l'emergenza sanitaria che ne è derivata, come è noto, ha reso necessaria l'adozione di molteplici atti normativi adottati in via d'urgenza a partire da febbraio 2020, implicanti significative limitazioni a numerosi diritti e libertà fondamentali (libertà di movimento⁴, diritto al lavoro ed alla libertà di

²“L'inquinamento dell'aria dovuto all'incremento incontrollato delle emissioni industriali e civili, del traffico aereo, comporta effetti diretti sugli ecosistemi terrestri, la distruzione delle foreste e degli habitat più sensibili, i disequilibri degli ecosistemi marini determinati dall'azione inquinante dell'uomo, e – ancora – l'innalzamento delle temperature e l'intervento di fenomeni atmosferici eccezionali, che hanno cagionato lo spostamento delle specie animali sempre più in prossimità dei centri abitati per cercare il cibo oramai non reperibile nei propri habitat originari” (così R. Tumbiolo, *L'avanzata del “male comune”*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 4 aprile 2020, p. 3), venendo così pericolosamente a stretto contatto con l'uomo (E. Maschietto, *Virus e cambiamento climatico: una relazione pericolosa*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 4 aprile 2020, p. 2). Sotto altro profilo, si discute in ambito scientifico in ordine all'incidenza dell'inquinamento atmosferico, non solo sulla comparsa del virus, ma anche sulla diffusione e sulla severità della malattia che provoca: la tesi è che il Covid-19, che aggredisce in particolare l'apparato respiratorio, abbia trovato terreno fertile in quelle realtà nelle quali l'inquinamento atmosferico compromette in maniera più significativa la funzionalità polmonare degli individui. Secondo alcuni studi, infatti, il cd. particolato atmosferico, costituito da particelle solide e/o liquide in grado di rimanere in atmosfera anche per ore, giorni o settimane, e che possono diffondere ed essere trasportate anche per lunghe distanze, funzionerebbe da *carrier*, efficace vettore per il trasporto e la proliferazione delle infezioni virali: cfr. lo studio trasversale di L. Setti, F. Passarini (ed altri), *Relazione circa l'effetto dell'inquinamento da particolato atmosferico e la diffusione di virus nella popolazione*, Position Paper, SIMA – Società italiana di medicina ambientale, 2020, che fonda le sue conclusioni a partire dall'analisi microbica dell'atmosfera presente in alcune zone d'Italia, in particolare Lombardia ed Emilia Romagna, tra le regioni più colpite nella prima ondata dell'epidemia; sul punto, anche F. Niola, *Gli effetti del lockdown sull'ambiente: adottiamo una nuova prospettiva?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3 settembre 2020, p. 9. *Contra*, uno studio congiunto tra l'‘Istituto di scienze dell'atmosfera e del clima’ del Cnr e Arpa Lombardia, pubblicato nei primissimi giorni di gennaio 2021 su ‘*Environmental Research*’, che prendendo in esame le concentrazioni del virus nelle città di Milano e Bergamo, ha escluso che l'inquinamento atmosferico favorisca la diffusione del Covid-19 (https://www.ansa.it/lombardia/notizie/2021/01/04/covid-studio-cnr-e-arpa-lombardia-smog-non-lo-favorisce_5ba0fcd6-d995-402f-bb1a-d2827fe504bd.html).

³ M.S. Giannini, *‘Ambiente’*: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 25 ss.

⁴ V., *ex multis*, 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; A. D'Auce, *Emergenza CoViD-19: alcuni spunti di riflessione sulla natura giuridica, sull'obbligatorietà e sul corredo sanzionatorio della c.d. ‘autocertificazione’ per la mobilità individuale*, in *Dirittifondamentali.it*, 19 maggio 2020.

iniziativa economica⁵, diritto all'istruzione⁶, libertà religiosa⁷, libertà di riunione, ecc.)⁸, teleologicamente orientati alla tutela della salute nella sua dimensione non solo individuale, ma soprattutto collettiva.

Si potrebbe, quindi, sostenere che quei provvedimenti fortemente restrittivi si siano resi necessari (in Italia, come nel resto del mondo) per contenere una emergenza sanitaria senza precedenti, che trova la sua causa in una altrettanto grave emergenza ambientale⁹, da lungo tempo denunciata senza che siano state, sinora, fornite risposte adeguate sul piano degli strumenti giuridici di contrasto.

⁵ Per una valutazione della lunga catena normativa dell'“emergenza” generata dalla diffusione del Covid-19, in relazione alla sua conformità/difformità rispetto alle garanzie poste dalla Costituzione a presidio della libertà di iniziativa economica, v. M. Cecchetti, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 4/2020.

⁶ Sul tema, si vedano i numerosi contributi presenti in G. Laneve (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, InstantBook, disponibile su <http://eum.unimc.it>, settembre 2020; Id., *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *OsservatorioAicn.* 3/2020; S. Nicodemo, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID 19)*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/ 2020; P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *OsservatorioAic*, n. 2/ 2020.

⁷ Si vedano, tra gli altri, A. Licastro, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *ConsultaOnLine*, n. 1/2020; M. Michetti, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

⁸ Sul tema in generale, senza nessuna pretesa di esaustività, si veda V. Baldini, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile Equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; C. Bergonzini, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it* n. 2/2020; M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, *Dirittifondamentali.it* n. 2/2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Focus-Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1/2020; S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, *Federalismi.it, Focus-Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1/2020; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2020, spec. p. 536 ss.; A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnLine*, n. 1/2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnLine*, 11 aprile 2020; A. Gusmai, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020.

⁹ Il Parlamento dell'Ue, il 28 novembre 2019, ha proclamato il cambiamento climatico “emergenza globale”, invitando la Commissione, gli Stati membri e tutti gli attori globali, e dichiarando il proprio impegno, «a intraprendere con urgenza le azioni concrete necessarie per combattere e contenere tale minaccia prima che sia troppo tardi»; v. il testo della risoluzione su https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_IT.html. R. Tumbiolo, *L'avanzata del “male comune”*, cit., spec. nota [v], ricorda: “It's a crisis, not a change: the six Guardian language changes on climate matters”, in: <https://www.theguardian.com/environment/2019/oct/16/guardian-language-changes-climate-environment>; i sei cambiamenti introdotti nella guida sono: 1.) “climate emergency” or “climate crisis” to be used instead of “climate change”; 2.) “climate science denier” or “climate denier” to be used instead of “climate sceptic”; 3.) use “global heating” not “global warming”; 4) “greenhouse gas emissions” is preferred to “carbon emissions” or “carbon dioxide emissions”; 5.) use “wildlife”, not “biodiversity”; 6.) use “fish populations” instead of “fish stocks”.

Vista in questa prospettiva, si potrebbe dire che, eziologicamente, le restrizioni oggi imposte a tante libertà costituzionali discendono da una del tutto inadeguata cura e tutela dell'ambiente naturale: decenni di ritardo su tale fronte hanno prodotto il più potente attacco mai visto a tutti i diritti e libertà fondamentali.

L'esperienza pandemica diventa così un momento di massima esemplificazione della stretta interdipendenza tra la protezione dell'ambiente e la tutela dei diritti dell'uomo, configurandosi la prima come strumento di difesa e miglioramento a tutto tondo delle condizioni di vita dell'umanità, presente e futura. Tale interrelazione è insita nel concetto dello sviluppo sostenibile, definito come lo sviluppo «che soddisfa le necessità delle attuali generazioni senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare le proprie»¹⁰. È stato detto che “noi non siamo minacciati soltanto da forze distruttive per l'individuo e per la società, ma anche da forze distruttive per l'ambiente. Infatti, la società moderna sembra più minacciata dallo sviluppo insostenibile che dagli attacchi diretti alla libertà individuale. Evidentemente, i diritti umani e l'ambiente sono strettamente concatenati [...]”¹¹. Ebbene, tale concatenazione, oggi più che mai, appare evidente, se è vero che lo sviluppo ‘insostenibile’ ha sferrato un’offesa senza precedenti all’uomo e a tutti i suoi diritti.

¹⁰ *Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo dell'ONU, 1987*. Il concetto di sviluppo sostenibile è ripreso dall'Unione europea; si veda l'art.37 della Carta dei diritti fondamentali: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» [sul tema, A. Lucarelli, *Commento all'art 37*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 139 ss.], nonché l'art. 6 TCE: «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nelle prospettive di promuovere lo sviluppo sostenibile»). Nell'ordinamento italiano, il principio dello sviluppo sostenibile trova ingresso per la prima volta tramite l'art. 3 *quater* del d. lgs. 152 del 3 aprile 2006; sul tema, *ex plurimis*, G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti e P.L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. I, tomo 1, Firenze, Cesifin, 2016; M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4/2016, p. 1291 ss.; G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, in *Politica del diritto*, n. 4/2003, p. 581 ss.; L. Mezzetti, *Manuale di diritto ambientale*, Bologna, Cedam, 2001. Sul tema, si veda anche A. Bonomo, *Sostenibilità ambientale e semplificazione amministrativa: un compromesso possibile?*, in A. Bonomo, L. Tafaro e A.F. Uricchio (a cura di), *La nuova frontiera dell'ecodiritto*, cit.; Id., *Europa e ambiente profili pubblicistici*, in F. Gabriele e A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, Cacucci, 2005, p. 101 ss.

¹¹ K. Bosselmann, *Un approccio ecologico ai diritti umani*, in M. Greco (a cura di), *Diritti umani e ambiente*, ECP 2000; Id., *The Principle of Sustainability: transforming Law and Governance*, 2006.

Se si conviene sulla suddetta ricostruzione, l'attuale pandemia (prevista dall'OMS già nel 2018)¹² insegna, innanzitutto, che occorre rinunciare definitivamente allo sfruttamento intensivo della Terra, “immaginando un diverso rapporto tra la natura e la persona”¹³; che il *problema ambiente* è “una questione esistenziale da risolvere, non solo per garantire alle generazioni future un pianeta vivibile e risorse naturali ancora fruibili, ma per l'esistenza stessa dell'uomo, ora, qui e adesso”¹⁴; che il contrasto al cambiamento climatico è una priorità assoluta, rientrando a pieno titolo tra le azioni volte a prevenire il ripetersi di eventi di questo tipo, con tutto ciò che ne consegue.

2. Connessioni fra ambiente, salute ed assetti socioeconomici.

Come affermato da Adam Tooze, storico della Columbia University, “stiamo vivendo la prima crisi economica dell'Antropocene”¹⁵, termine a carattere prettamente scientifico usato dagli studiosi del settore per indicare l'era geologica contemporanea in cui l'impatto ecologico dell'umanità sta determinando un degrado senza precedenti delle basi naturali della vita sulla terra¹⁶. La natura ha, già da tempo, iniziato a rispondere in maniera violenta, imprevedibile e spesso disastrosa. Rispetto a tante altre catastrofi imputabili (ed imputate) all'azione dell'uomo sulla natura, i cui effetti sono dai più percepiti come lontani nello

¹² Nel 2018, nell'annuale rapporto circa le malattie foriere di potenziali emergenze sanitarie globali, l'OMS aveva indicato la Malattia X, con caratteristiche simili al Covid-19: lo ricorda P. Pinto, *Tra salute e ambiente: osservazioni sul ruolo del diritto di fronte alla crisi*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020, p. 10; P. Daszak, *We Knew Disease X Was Coming. It's Here Now*, 27.2.2020, in www.nytimes.com.

¹³ G. Azzariti, Editoriale. *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, p. II.

¹⁴ Così E. Leccese, *L'ambiente: dal Codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?* (*Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della costituzione*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, n. 4/2020, p. 3.

¹⁵ Lo ricorda D. Amirante, *Il Covid-19 fra sicurezza sanitaria e sicurezza ambientale*, Editoriale, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 2/2020.

¹⁶ Le scienze ambientali da tempo evidenziano la significativa alterazione dei tre quarti delle terre emerse e dei due terzi degli oceani prodotta dall'attività umana: si tratta di una modifica del Pianeta così radicale da determinare la nascita di una nuova epoca denominata “Antropocene”, un'era di recessione ecologica senza precedenti (cfr., *ex plurimis*, P.J. Crutzen e E.F. Stoermer, *The Anthropocene*, in *Global Change Newsletter*, Vol. 41, Issue n. 1/2000; P.J. Crutzen, *Geology of mankind –The Anthropocene*, in *Nature*, Vol. 415, Issue n. 6867/2002; Id., *Benvenuti nell'Antropocene! L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era* (trad. it. a cura di Andrea Parlangeli), Milano, Mondadori, 2005). Sul tema, ampiamente, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 29 ss., il quale sottolinea come nell'Antropocene, epoca successiva all'Olocene, per la prima volta nella storia, l'uomo sia divenuto “il principale e decisivo fattore di trasformazione delle condizioni ambientali terrestri, superando l'impatto dell'insieme di tutte le forze esterne naturali, astronomiche e geofisiche, che avevano determinato il livello di variazione del sistema Terra durante i 4,5 miliardi di anni in cui esiste il nostro pianeta”.

spazio e nel tempo¹⁷, il Covid-19 ha coinvolto contemporaneamente tutto il mondo, portando le conseguenze dell'Antropocene nell'immediata e diretta percezione di tutti i popoli.

Così, l'esperienza pandemica ha reso, come mai prima d'ora, chiaramente intellegibile per tutti il nesso inscindibile esistente non solo tra ambiente e salute, ma anche tra ambiente ed assetti socioeconomici, destabilizzati in un sol colpo in tutto il pianeta. Il rischio di pandemie planetarie, posto in luce in numerosi studi internazionali, è sempre rimasto fuori dalle politiche economiche globali¹⁸. È stato un grave errore ignorare queste analisi, ma sarebbe del tutto irragionevole continuare a farlo ora.

Nella lentezza del processo di traduzione delle evidenze scientifiche in efficaci politiche di contrasto dello sfruttamento delle risorse naturali e del degrado ambientale da sempre pesano soprattutto le ragioni dell'economia¹⁹: in questi mesi si è empiricamente appreso che il conto che è in grado di presentare la natura è elevatissimo, ove si pensi alle stime del costo che avrà il *Great Lockdown*, come è stata ribattezzata la crisi del Covid dal Fondo monetario internazionale²⁰. Si parla di cifre enormi, che avrebbero certamente consentito, sino ad oggi, di attuare politiche ambientaliste globali di grande rilievo. Il ritardo accumulato non è recuperabile²¹, ma si impone una netta inversione di rotta.

¹⁷ P. Pinto, *Tra salute e ambiente*, cit., p. 8, ricorda gli incendi che hanno colpito l'Australia nel 2019, l'aumento dei fenomeni meteorologici estremi, l'acidificazione degli oceani.

¹⁸ Così F. Merola, *Emergenza ambiente e pandemia, difficile equazione da risolvere*, su <https://www.ilsole24ore.com/art/emergenza-ambiente-e-pandemia-difficile-equazione-risolvere-ADoPOBK>.

¹⁹ Di "processi economico-finanziari di mercificazione globale dell'esistenza, processi a valle sostenuti dagli attori del mercato ed a monte promossi quasi 'religiosamente' dalle forze politiche dominanti di stampo neoliberista ormai imperanti nel mondo occidentale", parla A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Dir. pubbl. europeo Rassegna online*, n. 1/2015, p. 150. Sul tema, P. Bevilacqua, *La Terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2009; D. Held e A.F. Harvey, *Democracy, Climate Change and Global Governance*, in www.policy-network.net, novembre 2009; J.E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2003.

²⁰ Il Fmi parla di una perdita dell'economia globale, tra il 2020 e il 2021, di 12.500 miliardi di dollari rispetto alle proiezioni fatte a gennaio 2020, quando, per il 2020 si stimava una crescita del 3,3% (v. <https://www.ilsole24ore.com/art/fmi-pil-globale-calo-49percento-impatto-catastrofico-sull-occupazione-e-poverta-aumento-DzSs4Z>); secondo l'OCSE, la pandemia costerà all'economia globale 7 mila miliardi di dollari entro la fine del 2021 (v. l'intervista al quotidiano *Les Echos*. <https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/le-coronavirus-va-couter-7000-milliards-de-dollars-a-leconomie-mondiale-1242938>). Sui costi della pandemia da Covid-19, v. anche F. Taroni, C. Giorgi, *Regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, p. 1), con una diminuzione del 4,5% del PIL.

²¹ "La nostra inerzia costa, e la paghiamo con l'unica cosa che (forse) possediamo: il tempo. Nel 2010 stimavamo di avere ancora 30 anni davanti a noi per cercare di limitare gli effetti della crisi climatica; oggi il nostro margine di azione si è ridotto, a causa della nostra ignavia, a 10 anni" (così P. Pinto, *Tra salute e ambiente*, cit., p. 9).

La risposta, tanto su scala globale che all'interno di ogni singolo ordinamento statale, postula una visione olistica dei fattori che coinvolgono salute, ambiente, economia ed assetti sociali e la direzione è indicata dall'Agenda2030 per lo sviluppo sostenibile²².

In un mondo ormai completamente interrelato, è emersa la gravità dell'impatto umano sull'ambiente, ma anche l'estrema velocità con cui è possibile ridimensionare parte di tale impatto²³. Ed invero, durante il primo *lockdown*, la limitazione di numerose libertà, tra cui in particolare la libertà di circolazione e di impresa, ha ridotto drasticamente il traffico stradale e le attività industriali e, a cascata, le emissioni inquinanti: la pandemia ha, così, prodotto un risultato mai ottenuto dalle politiche ambientali dei governi di tutto il mondo, una diminuzione dell'inquinamento a livelli mai raggiunti fino ad allora, dimostrando che il contenimento del cambiamento climatico è possibile²⁴.

D'altro canto, occorre considerare che, nel lungo periodo, la crisi economica globale prodotta dalla pandemia, nel ridurre la disponibilità di risorse da investire in generale nella sfida della tutela dell'ambiente, potrebbe indurre a bloccare gli investimenti in progetti *green* e a ricorrere all'utilizzo di tecnologie già disponibili, meno costose e molto inquinanti²⁵. Questo andrebbe, certamente, ad ostacolare la realizzazione del c.d. *Green New Deal*²⁶, l'ambizioso progetto diretto a promuovere la rigenerazione urbana, le fonti rinnovabili, il riciclo dei rifiuti e a implementare, in definitiva, un nuovo modello di

²² Cfr. Assemblea Generale ONU (Ris.A/RES/70/1), *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, 2015.

²³ Si è osservato che le misure di contenimento della pandemia hanno prodotto immediatamente significativi effetti benefici sull'ambiente: a parte l'esperienza che ciascuno ha potuto fare della riesplorazione della natura (così F. Niola, *Gli effetti del lockdown sull'ambiente*, cit., p. 3), acque limpide di fiumi, laghi e mari, aria pulita, animali selvatici scorazzanti negli spazi urbanizzati, città silenziose, rilevano i dati provenienti da osservazioni satellitari, che evidenziano una significativa riduzione dei livelli di inquinamento in tutti i paesi in *lockdown* (si vedano i dati dell'*European Environment Agency*, disponibili all'indirizzo <https://www.eea.europa.eu/themes/air/air-quality-and-covid19/air-quality-and-covid19>, che confermano come il rallentamento delle attività produttive e la riduzione degli spostamenti abbiano contribuito a dimezzare le concentrazioni di biossido di azoto).

²⁴ Così S. Nespor, *Covid e Ambiente*, cit., p. 3. Come sempre la crisi offre nuove opportunità e nel caso di specie potrebbe e dovrebbe fornire spunti idonei a veicolare le scelte dei governi sempre più verso la sostenibilità ambientale e sociale: dallo sfruttamento delle potenzialità dello *smart working* al ricorso a nuove tipologie di mezzi di trasporto, dall'efficientamento energetico degli elettrodomestici ai poderosi investimenti sulle energie rinnovabili, la decisa transizione verso l'economia circolare.

²⁵ Sul tema, v. N. Treglia, *I profili ambientali della fiscalità nella legislazione emergenziale a seguito del CoVID19*, in A. Bonomo, L. Tafaro e A.F. Uricchio (a cura di), *La nuova frontiera dell'ecodiritto*, cit.

²⁶ Cfr. <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/euoparole/european-green-deal/>. Sul tema A. Sola, *Sostenibilità ambientale e Green New Deal: prime analisi in commento alla legge di bilancio 2020*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020.

economia circolare e sostenibile²⁷. In altri termini, il rischio è che l'emergenza da Covid-19 produca un impatto sul cambiamento climatico ben diverso da quello auspicato, facendo passare in secondo piano l'emergenza ambientale²⁸.

Il *Green New Deal* europeo potrà essere il motore della rinascita solo se si riuscirà a ripensare in termini complessivi al rapporto fra ambiente, salute ed economia, prospettiva nella quale il diritto può svolgere un ruolo centrale. La *questione ambientale*, interroga, infatti, tutti i saperi, ivi compresi i saperi giuridici e l'intero assetto ordinamentale²⁹, che, nel dialogo ormai imprescindibile con le cd. "scienze dure"³⁰, sono impegnati nella sfida della necessaria definizione dei principi e delle regole volti a disciplinare i rapporti tra i valori che si contrappongono nell'ordinamento costituzionale, al fine di individuare un punto di incontro tra esigenze di sviluppo e tutela dell'ambiente, nella consapevolezza che

²⁷ Su tale ultimo tema, si veda ampiamente, A.F. Uricchio, *Verso la transizione ecologica: la centralità della fiscalità circolare*, in A. Bonomo, L. Tafaro e A.F. Uricchio (a cura di), *La nuova frontiera dell'ecodiritto*, cit.

²⁸ Invero, segnali positivi vengono dal legislatore italiano che, con il Decreto Rilancio (decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77), nonché con il Decreto Agosto (decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito in legge 13 ottobre 2020, n. 126), ha reso evidente la volontà di proseguire sulla strada della neutralità climatica tramite l'adozione di misure con un deciso impatto ambientale (per un approfondimento della legislazione italiana più recente in tema di tutela dell'aria, si veda G. Chironi, *Azioni fiscali per la promozione di una gestione sostenibile dell'ambiente*, in A. Bonomo, L. Tafaro e A.F. Uricchio (a cura di), *La nuova frontiera dell'ecodiritto*, cit.). Parimenti la normativa europea adottata in piena emergenza pandemica procede nella medesima direzione: basti pensare alla manovra economica senza precedenti elaborata dal Consiglio europeo, il c.d. *Recovery Fund*, destinato ad aiutare economicamente i Paesi europei più colpiti dalla pandemia, con risorse destinate, in larghissima parte, a politiche volte a realizzare la transizione ambientale e digitale (processi che potrebbero essere sostenuti anche attraverso le risorse del MES, ove si superassero le contrapposizioni sull'opportunità o meno di attingervi: sul tema, A.F. Uricchio, *Verso la transizione ecologica*, cit.). Tuttavia, non sono mancati anche segnali negativi che impongono, ovunque, un elevato livello di attenzione e monitoraggio della sostenibilità ambientale degli interventi economici e sociali del post-pandemia onde scongiurare il pericolo che l'emergenza economico-sociale possa giustificare la disapplicazione di consolidate leggi e norme di protezione ambientale. Un campanello d'allarme, in tale direzione, è stato rinvenuto nella decisione del 26 marzo 2020, ad emergenza pandemica appena iniziata, con cui l'Agenzia per la protezione dell'ambiente statunitense (EPA) ha sospeso i requisiti di monitoraggio ambientale, consentendo, così, agli impianti industriali (centrali elettriche, petrolchimici, ecc.) di autodeterminare la propria capacità di soddisfare i requisiti di legge in relazione ai livelli di inquinamento dell'aria e dell'acqua. Comportamenti annunciati anche da altri governi, come conferma l'Onu. Il timore di fronte a determinazioni di tal fatta è quello di una rimodulazione verso il basso dei requisiti di conformità ambientale, che consentirebbe un rilascio eccessivo di sostanze inquinanti e conseguenti effetti deleteri sull'ambiente e sulla salute pubblica. Altro campanello d'allarme tutto interno al nostro ordinamento è dato dalla definizione di un regime derogatorio del ciclo dei rifiuti insieme alla sospensione degli atti di indirizzo a tutela dell'ambiente posti in essere sinora; sul punto, F. Niola, *Gli effetti del lockdown sull'ambiente*, cit., p. 11 ss.; sul tema si veda anche L. Salvemini, *Rifiuti ed emergenza sanitaria: l'(in)certezza normativa*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020.

²⁹ S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3/2017, p. 6.

³⁰ Sulla necessità di implementare tale dialogo, tema su cui si tornerà nella parte finale del presente lavoro, cfr. con ampi riferimenti bibliografici, M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *GiustAmm.it*, 2014; Id., *Environmental Law and Agroecology. Transdisciplinary Approach to Public Ecosystem Services as a New Challenge for Environmental Legal Doctrine*, in *European Energy and Environmental Law Review*, n. 22/2013, p. 1, 2 ss.

la tutela dei beni ambientali è presupposto indefettibile per l'effettivo godimento e la piena tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e del benessere, anche economico, dell'umanità. Occorre ritornare sulla dialettica tra doveri e diritti e sul bilanciamento tra questi, nella prospettiva solidaristica che pervade l'ordinamento, cercando di trarre dall'esperienza di questo ultimo anno determinanti elementi di riflessione e di interpretazione³¹.

3. Connessioni fra ambiente, salute ed assetti socioeconomici. – 3. L'emersione dell'ambiente quale *diritto* nell'interrelazione con il diritto alla salute e quale *dovere* nella declinazione della solidarietà ambientale.

La questione ambientale ha assunto un rilievo progressivamente ed esponenzialmente crescente, prima in ambito scientifico e poi anche giuridico, proprio in connessione con la presa di coscienza delle dimensioni dell'impatto "senza precedenti"³² dell'azione umana sulla natura, e dell'esigenza di contenerlo a tutela della salute umana, profondamente condizionata dalla qualità dell'ambiente esterno³³. Ed invero, il diritto all'ambiente³⁴ nasce

³¹ "Insomma, dopo la tempesta sarà necessario impegnarci in un'opera di ricostruzione nel profondo. Ripartendo dalla Costituzione e i suoi principi": lo afferma G. Azzariti, Editoriale. *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., p. II, il quale individua numerosi insegnamenti che dovremmo riuscire a trarre dalla pandemia: "riscoprire il valore della solidarietà politica, economica e sociale, abbandonando l'individualismo esasperato; riaffermare il rispetto della pari dignità sociale, condannando le politiche discriminatorie così diffuse; ribadire la necessità di massima tutela dei diritti e delle libertà costituzionali, contrastando le pulsioni autoritarie che attraversano tanto la società civile quanto quella politica; ripensare i diritti sociali per garantirne la loro effettività, reagendo alla crisi drammatica cui ci ha portato il neoliberalismo totalitario; riconsiderare il ruolo essenziale del pubblico, oltrepassando l'ubriacatura delle privatizzazioni selvagge; rivalutare la centralità della rappresentanza politica, invertendo la tendenza di fondo che punta da decenni alla sua sterilizzazione; riequilibrare i rapporti tra Governo e Parlamento, dopo anni di emarginazione di quest'ultimo; favorire la partecipazione attiva dei cittadini, superando le logiche puramente spettacolari che hanno dominato il dibattito pubblico; rivitalizzare gli strumenti attraverso cui è possibile concorrere a determinare la politica nazionale (partiti e movimenti), riconquistando la fiducia nella politica che è ora perduta; ricostruire il modello di sviluppo, sottraendo i beni essenziali al dominio del mercato e del profitto; rinunciare allo sfruttamento intensivo della Terra, immaginando un diverso rapporto tra la natura e la persona".

³² Definizione usata dall'IPBES (*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* dell'ONU), nel suo rapporto 2019 (Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services. <https://ipbes.net/global-assessment>.)

³³ Sui diversi significati che il termine *ambiente* assume nel linguaggio normativo, oltre che in quello comune, si veda B. Caravita Di Toritto, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, Giuffrè, 1996. S. Grassi, M. Cecchetti e A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Firenze, Leo S. Olschki, 1999.

³⁴ C. Micciché, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95 (1/2018), nota 1, ricorda che la dottrina tende a far risalire la nascita del diritto

dalla riflessione intorno alla salute dell'uomo e si sviluppa nell'interrelazione con la tutela dei diritti umani, come si evince facilmente seguendo il percorso attraverso cui i principi della tutela dell'ambiente hanno trovato ingresso nel tessuto costituzionale e poi implementazione nell'ordinamento italiano.

È noto che solo nel 2001³⁵ la «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»³⁶ è entrata espressamente nella Carta fondamentale. Eppure, nel silenzio del Costituente, la capacità di futuro³⁷ della nostra Costituzione ha reso possibile l'emersione di quei principi già molto prima del 2001³⁸: nell'elaborazione del Giudice delle leggi, attraverso la lettura sistematica

dell'ambiente (o per lo meno delle sue premesse politiche e giuridiche) all'approvazione della Dichiarazione sull'ambiente umano avvenuta in esito alla conferenza di Stoccolma del 1972: così G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 31; M. Gestri, (voce) *Ambiente (Dir. Int.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 214

³⁵ Attraverso l'esplicita menzione nell'art. 117, co. 2, della materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», tra le *materie* di competenza legislativa esclusiva statale. In realtà, trattasi di un esempio di “competenze finalistiche o senza oggetto”, “materia non materia”, “materia valore”, “materia scopo”, non individuando la locuzione “tutela dell'ambiente” un oggetto ben definito della competenza, bensì lo scopo che mediante essa va perseguito (così, A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 164). Il Giudice costituzionale ha avuto modo di chiarire che l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una *materia* in senso tecnico, qualificabile come «tutela dell'ambiente», dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come *valore* costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia *trasversale*, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (così, Corte cost., s.n. 407/2002). Sul tema, *ex plurimis*, P. Maddalena, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2010; M. Cecchetti, *La materia «Tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 2009; A. Colavecchio, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. Gabriele e A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, cit.; A. Ruggeri, *Riforma del titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2005; A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 2/2002.

³⁶ È stato sottolineato che “[...] il revisore del 2001 ha manifestato la possibilità di dare sia un'interpretazione antropocentrica («tutela dell'ambiente») sia un'interpretazione ecocentrica («tutela dell'ecosistema») dell'ambiente come oggetto di disciplina giuridica”, così S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 16. Sul tema, J. Luther *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente: profili tedeschi ed italiani* in *Pol. dir.*, 1989, 675; G. Di Plinio, *Sette miliardi di ragioni*, in G. Di Plinio e P. Fimiani (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, Giuffrè, 2008.

³⁷ S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 5.

³⁸ Cfr. M. Cecchetti, (voce) *Ambiente*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006. Sul tema L.R. Perfetti, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009; P. Maddalena, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2007; F. Gabriele e A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, cit.; P. Giocoli Nacci, *Costituzione e ambiente*, in P. Giocoli Nacci e A. Loiodice, *Materiali di diritto costituzionale*, Bari, 1999; A. Loiodice, *Valori costituzionali e diritto naturale: spazi per gli argomenti dell'interpretazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, III, 1966.

degli artt. 2, 9 e 32 Cost., è stato riconosciuto alla tutela ambientale il rango di valore costituzionale primario³⁹, «insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro»⁴⁰ e «principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale»⁴¹. Invero, già alla fine degli anni Settanta risale quell'orientamento dottrinale⁴² e giurisprudenziale⁴³, che valorizzando il nesso tra tutela costituzionale della salute ed ambiente⁴⁴, ricava dal diritto alla salute⁴⁵ - qualificato dalla giurisprudenza costituzionale come diritto fondamentale dell'individuo⁴⁶ e diritto primario ed assoluto⁴⁷, nonché valore supremo del nostro ordinamento⁴⁸ - sia il diritto soggettivo della persona, che l'interesse della collettività ad un ambiente salubre⁴⁹.

Il diritto alla salubrità dell'ambiente viene, così, a configurarsi come un particolare modo di atteggiarsi del diritto alla salute costituzionalmente garantito⁵⁰; esso è implicito nel diritto alla salute stesso, essendo il concetto di salute da intendersi come situazione generale

³⁹ Così, Corte cost., s.n. 359/1985.

⁴⁰ In questi termini, Corte cost., s.n. 151/1986.

⁴¹ Corte cost., ss.nn. 94/1985, 85/1998, 378/2000.

⁴² Sul punto, M. Luciani, (voce) *Salute, I* *Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1991, p. 6; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 785.

⁴³ Fondamentale Cass. civ., S.U., s.n. 5172/1979.

⁴⁴ Nella giurisprudenza della Corte si è nel tempo consolidata la definizione di *ambiente* come concetto unitario. Emblematica in questo senso la s.n. 126/2016: «È noto che, sebbene il testo originario della Costituzione non contenesse l'espressione ambiente, né disposizioni finalizzate a proteggere l'ecosistema, questa Corte con numerose sentenze aveva riconosciuto (sentenza 23 luglio 1974, n.247) la preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell'uomo (art.32) e alla protezione dell'ambiente in cui questi vive (art.9, co. 2), quali valori costituzionali primari (sentenza 28 maggio 1987, n.210)».

⁴⁵ Ai sensi dell'art.32 Cost., il bene *salute*, inteso quale complessiva situazione di benessere psico-fisico, è un diritto fondamentale dell'individuo, assistito da due essenziali livelli di garanzia. Nel primo livello di cd. *garanzia negativa o passiva*, che si risolve nella pretesa dell'astensione dei terzi da qualunque comportamento dannoso, con predisposizione di ogni strumento volto a inibire, ripristinare e risarcire eventuali lesioni della salute individuale, si riconduce la tutela della integrità psico-fisica e, per quel che più rileva in questa sede, della salubrità dell'ambiente. Nel secondo livello di cd. *garanzia attiva*, in cui si colloca la pretesa positiva del singolo all'esistenza ed all'accessibilità di strumenti terapeutici necessari alla tutela della salute, rientra il più ampio concetto di *cure* (così, A. Simoncini e E. Longo, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 658).

⁴⁶ P. Maddalena, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2010.

⁴⁷ Cfr. s.n. 88/1979.

⁴⁸ Cfr. le ss. nn. 218/1994, 202/1991, 307/1990, 455/1990, 559/1987 e 184/1986.

⁴⁹ Determinante in tal senso il contributo di riflessione di F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 52 ss.; Sul tema, senza nessuna pretesa di esaustività, si vedano F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1980; M. Luciani, (voce) *Salute*, cit., p. 6 ss.; R. Ferrara, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, IV ed., XIII, Torino, Utet, 1997, p. 525; G. Alpa, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo" diritto o espediente tecnico*, in *Ambiente e diritto*, 1999.

⁵⁰ Il diritto all'ambiente salubre è un diritto assoluto perfetto (F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, cit., 106), non condizionato nel suo sorgere e nella sua tutela (successiva ed inibitoria) da rapporti giuridici di sorta, sia pubblici che privati (A. Simoncini, E. Longo, *Art.32*, cit., p. 662).

di benessere dell'individuo derivante, anche, se non soprattutto, dal godimento di un ambiente salubre⁵¹.

La tutela costituzionale del diritto all'ambiente, in tal modo, si connette direttamente ed immediatamente alla tutela costituzionale del diritto alla salute, come diritto alla propria integrità psico-fisica, di cui rappresenta il prolungamento e la naturale evoluzione⁵²: al diritto all'ambiente salubre, considerato esercizio del diritto alla salute in chiave ambientale, deve riconoscersi lo stesso regime giuridico e le garanzie costituzionalmente previste per il diritto *multidimensionale* da cui esso viene derivato⁵³. Sono conosciuti i limiti del descritto processo di *soggettivizzazione* del diritto all'ambiente, che ha portato a considerarlo alla stregua di un diritto soggettivo perfetto, ma di difficile tutelabilità, soprattutto nei rapporti con i terzi⁵⁴. Al riguardo, è noto che nell'ultimo biennio sono stati presentati diversi progetti di revisione dell'art.9 Cost.⁵⁵, che si propongono, tra l'altro, di affermare l'ambiente quale diritto in sé (oltre che valore), un diritto fondamentale⁵⁶ della persona e della collettività, la cui tutela viene sganciata dall'art.32 Cost., con una propria autonomia concettuale nel disegno costituzionale⁵⁷: tale formalizzazione del diritto all'ambiente come diritto costituzionale autonomamente azionabile, non necessariamente legato alla salute, potrebbe, invero, avere conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della tutela risarcitoria⁵⁸, oltre che in altre direzioni, come si dirà oltre.

Ad ogni modo, *rebus sic stantibus*, l'addentellato costituzionale resta l'art. 32 Cost., che,

⁵¹ Cass. civ., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁵² Così M. Luciani, (voce) *Salute*, cit., p. 6.

⁵³ Ed invero, la *multidimensionalità* del diritto alla salute, comprende: il diritto alla propria integrità psico-fisica; il diritto all'ambiente salubre, appunto; il diritto a trattamenti sanitari preventivi; il diritto di essere curato; il diritto degli indigenti a cure gratuite; il diritto di non essere curato.

⁵⁴ Cfr. M. Luciani, (voce) *Salute*, cit., p. 7, con ampi riferimenti alle varie posizioni dottrinali sul tema.

⁵⁵ Per una ricognizione di tali progetti, v. E. Leccese, *L'ambiente: dal Codice di settore alla Costituzione*, cit., spec. p. 9 ss.

⁵⁶ Secondo A. Ruggeri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016, p. 3, il riconoscimento della fundamentalità di un diritto non può che avvenire attraverso norme altrettanto fondamentali. Sull'opportunità di una norma costituzionale dedicata all'ambiente, volta a formalizzare la qualifica di diritto fondamentale e la relativa tutela a tale stregua, risultato oggi ottenuto con il ricorso ad altre norme (artt. 9 e 32 Cost.), v., anche, V. Baldini, "*Che cosa è un diritto fondamentale*". *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2016, p. 32.

⁵⁷ M. D'Amico, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 14 novembre 2019, la quale rileva nell'esperienza comparata l'esistenza di un *consensus* a livello europeo circa l'opportunità di inserire nei testi delle rispettive Carte costituzionali previsioni esplicitamente deputate ad apportare tutela all'ambiente, secondo una concezione autonoma.

⁵⁸ M. D'Amico, *Audizione informale Senato*, cit., sottolinea come la configurazione di un diritto all'ambiente, quale diritto costituzionale autonomamente azionabile, appaia, peraltro, coerente con le più recenti tendenze registrabili a livello sovranazionale.

sotto altro profilo, interpretato in combinato disposto con l'art. 2 Cost., (oltre che con l'art. 9 Cost.) dà fondamento alle azioni pubbliche di tutela *oggettiva* dell'ambiente⁵⁹: in tale prospettiva, la *salubrità* è “assenza di alterazione irreversibile dei fattori ambientali o dell'equilibrio fra essi”, ovvero, in chiave positiva, “conservazione dell'integrità dell'ambiente nelle sue dinamiche di riproduzione”⁶⁰.

In questa declinazione, rileva la funzione affidata a tal fine ai pubblici poteri tutti, ciascuno secondo le proprie competenze⁶¹. Autorevole dottrina⁶² ascrive il diritto all'ambiente ed alla sua salubrità nella categoria dei diritti “sociali”⁶³, diritti comportanti una prestazione del soggetto pubblico, diritti condizionati (oltre che dalla *interpositio legislatoris*, anche) economicamente o finanziariamente, in quanto diritti che costano (o meglio, che ‘costano’ solo di più)⁶⁴.

⁵⁹ A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, cit., p. 662.

⁶⁰ A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, cit., p. 662.

⁶¹ Con riferimento alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che – come già ricordato - dal 2001 è inserita negli elenchi dell'art. 117, comma 2, Cost., la giurisprudenza costituzionale, attraverso fasi non sempre lineari, ha da ultimo riconosciuto la possibilità per le Regioni di adottare standard di tutela ambientale più elevati rispetto a quelli fissati dal legislatore statale, andando a derogarli in *melius* (cfr. ss. nn. 267/2016, 74 e 212/2017, 7/2019). L'impostazione di una distribuzione delle competenze, tra livelli territoriali, secondo criteri flessibili emerge anche dal riferimento ai principi di sussidiarietà e di leale collaborazione di cui all'art. 3 *quinquies* del decreto legislativo n. 152/2006 (cd. Codice dell'Ambiente): «lo Stato interviene in questioni involgenti interessi ambientali ove gli obiettivi dell'azione prevista, in considerazione delle dimensioni di essa e dell'entità dei relativi effetti, non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo o non siano stati comunque effettivamente realizzati» (co. 3); «le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravii procedurali» (co. 2). È, altresì, utile ricordare in questa sede, che ai sensi dell'art. 3 *ter* del citato d.lgs. n. 152/2006, «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio ‘chi inquina paga’ che, ai sensi dell'articolo 174, co. 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale». In relazione alla parte in cui si sottolinea la corresponsabilità non solo degli enti pubblici, ma anche dei privati, viene in considerazione “la più recente interpretazione dei programmi eurounitari, in cui alla impostazione della disciplina di *command and control* si affiancano regole incentivanti e applicazioni del principio ‘chi inquina paga’ che esigono un intervento proattivo dei privati (con l'emergere di linee programmatiche dirette a favorire comportamenti virtuosi dei privati: come per le certificazioni Emas ed Ecolabel” (così S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 24).

⁶² S. Latouche, *Limite*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012; A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, cit., p. 333.

⁶³ Sui diritti sociali, *ex plurimis*, P. Biscaretti di Ruffia, (voce) *I diritti sociali*, in *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1960, p. 759 ss.; B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, c. 2, Cost.*, Padova, 1984; A. Baldassarre, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 28 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padova, Cedam, 1995; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005; M. Benvenuti, (voce) *Diritti sociali*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, p. 219 ss.

⁶⁴ Così 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, p. 2. Ed

Pur dovendosi rilevare che “[...] la tutela dell’ambiente è stata declinata più attraverso proclami e dichiarazioni di sistema che realmente affrontata nella sua veste di diritto sociale”⁶⁵, da tale configurazione del diritto all’ambiente, cioè di diritto (spesso, almeno in parte) condizionato all’esercizio dell’obbligo di *facere* da parte del legislatore e/o della pubblica amministrazione⁶⁶, si desume l’esistenza di un dovere⁶⁷ di tutela dell’ambiente in capo ai soggetti pubblici in questo campo, ma non solo in capo ad essi.

Ed invero, spostando l’analisi dal piano dei diritti a quello dei doveri⁶⁸, si è detto che l’ambiente deve essere ricostruito anche e soprattutto nei termini di un *dovere* al cui adempimento sono chiamati tutti i soggetti pubblici, *in primis*, ma anche i singoli consociati⁶⁹.

invero, sebbene sia illusorio pensare che la tutela dei diritti di libertà non comporti un onere almeno organizzativo per lo Stato (M. Mazziotti Di Celso, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 806), sicché tutti i diritti, sia di libertà negativa che positiva, hanno un costo, in quanto tutti implicano strutture pubbliche che li attuino e li garantiscano (cfr. S. Holmes e C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, Norton, 1999) senza dubbio nel caso dei diritti sociali il costo è più immediatamente percepibile (M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016, p. 7). Sui vincoli economico finanziari e destabilizzazione dei sistemi di *welfare*, v., *ex plurimis*, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic*, n. 4/2011; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2012; L. Trucco, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala G. e G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; sia consentito il rinvio a M.G., Nacci, *L’autonomia finanziaria degli enti territoriali in tempo di crisi economica*, in E. Triggiani, A.M. Nico e M.G. Nacci (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, Cacucci, 2018, spec. p. 122 ss.

⁶⁵ Così F. Niola, *Gli effetti del lockdown sull’ambiente*, cit. p. 10.

⁶⁶ Così F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili*, cit., p. 8.

⁶⁷ V. Molaschi, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *www.amministrazioneincammino.it*, p. 11 ss.

⁶⁸ Sul tema dei doveri, in generale, *ex plurimis*, G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967; C. Carbone, *I doveri pubblici individuali*, Milano, Giuffrè, 1968; C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 753 ss.; R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Aquil Terme – Alessandria*, svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, Giappichelli, 2007; A. Ruggeri, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 552 ss.; A. Poggi, *Corte costituzionale e doveri*, in F. Dal Canto e E. Rossi (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 42 s. Sul tema, si veda anche il contributo di riflessione di A.M. Nico, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 42.

⁶⁹ S. Grassi, *Costituzioni e tutela dell’ambiente*, in S. Scamuzzi (a cura di), *Costituzioni, razionalità, ambiente*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, p. 414; B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 36.

Questa ricostruzione, che prende le mosse dall'art. 2 Cost. e dal principio solidarista⁷⁰, conduce ad inserire nel novero dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁷¹, di cui la Repubblica richiede l'adempimento, anche il dovere di solidarietà ambientale⁷², che pone in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento il relativo dovere di protezione. La solidarietà ambientale si impone, dunque, anche verso quegli stessi cittadini detentori, in vario modo, di posizione giuridiche di vantaggio relativamente all'ambiente. Così, la solidarietà ambientale viene in rilievo come l'altra faccia della medaglia della configurazione dell'ambiente quale diritto sociale, atteso che, nel prisma dell'azione dei pubblici poteri, nel campo della tutela ambientale, viene, sì, a garantirsi concreto soddisfacimento a un diritto sociale di prestazione, ma viene a configurarsi, anche, un generale obiettivo da perseguire⁷³, nella forma di "dovere di solidarietà di tutti gli appartenenti all'ordinamento costituzionale (ivi compresi i singoli e le formazioni sociali)"⁷⁴, il cui adempimento, lungi dall'esaurirsi nell'obbedienza ad un precetto, deve poter essere anche solo spontaneo⁷⁵, prospettiva nella quale assume rilievo anche il

⁷⁰ Così F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 215 ss.; sul tema, v., anche G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, Cedam, 2002.

⁷¹ Sul punto, *ex multis*, F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, tomo II, Napoli, Jovene, 2002.

⁷² Sul tema, ampiamente, G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, cit.

⁷³ Così, G. Grasso, *op. ult. cit.*, p. 583.

⁷⁴ Così S. Grassi, *La «tutela dell'ambiente» dopo il nuovo Titolo V*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2002, p. 362. "La pretesa dei cittadini a un *facere* ambientale rappresenta il contraltare all'adempimento dei doveri che i soggetti pubblici hanno in questo campo, in quanto titolari di una posizione di responsabilità che a sua volta responsabilizza, anche mediante la 'predisposizione di prestazioni personali di solidarietà [...] pur sempre 'garantite' dal potere pubblico" (G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, cit., p. 595).

⁷⁵ In ordine alla posizione dei soggetti privati, G. Grasso, *op. ult. cit.*, p. 585, ricorda la distinzione tra le ipotesi in cui l'adempimento del dovere di solidarietà è spontaneo (la vera e genuina solidarietà) e le ipotesi in cui si delinea "una solidarietà imposta dall'alto" [citando T. Martines, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, n. 6/1994, p. 1 ss., ora in T. Martines, *Opere*, Tomo IV, *Libertà e altri temi*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 193], ovvero, secondo un'altra ricostruzione, tra un tipo di solidarietà definita fraterna, che opera su un piano orizzontale, "come moto doveroso e cooperante dei cittadini nell'adempimento delle loro varie solidarietà", ed un tipo di solidarietà ritenuta paterna o pubblica, che opera invece su un piano verticale (richiamando Serio Galeotti, citato da E. Rossi, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Atti del Convegno di Genova del 16-17 marzo 2001, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Genova, De Ferrari, 2002, p. 186). Ed invero, gli obiettivi di sostenibilità ambientale necessitano di cambiamenti che partono dai comportamenti dei singoli, nella cultura sociale e collettiva (ad esempio nelle loro preferenze delle scelte di consumo) ed in tale ottica l'educazione e l'istruzione rilevano quali fondamentali leve per modificare o orientare in senso ecologicamente responsabile i comportamenti dei singoli, senza necessariamente ricorrere all'esercizio di poteri autoritativi (così A. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e*

principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁶, quale strumento per garantire la cura dell'interesse ambientale⁷⁷.

In tale ottica, sarebbe particolarmente opportuno cogliere l'occasione della già ricordata revisione costituzionale *in itinere* per esplicitare nell'art. 9 Cost. la configurazione dell'ambiente anche come oggetto di un dovere, di "una responsabilità 'orizzontale' (che coinvolge tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, pubblici e privati) nei confronti di tutti gli altri individui e della collettività"⁷⁸, con specificazione del dovere di conservare e migliorare le condizioni ambientali, di assicurare l'ecosistema a sé stessi, alle generazioni presenti e alle future⁷⁹. Ed invero, l'emersione a livello costituzionale non solo della

l'esercizio di funzioni pubbliche, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3/2015, p. 7). Al fine di contribuire alla formazione di coscienze ambientali e far crescere l'idea di solidarietà ambientale si rivela particolarmente opportuno l'invito rivolto dal Miur agli Atenei (v. la nota del Miur del 7 novembre 2019, n. 33521, sull'offerta formativa universitaria) a riservare un adeguato numero di crediti formativi sui temi della sostenibilità e salvaguardia ambientale, proprio perché la tutela dell'ambiente passa anche attraverso i processi di formazione (lo ricorda, E. Leccese, *L'ambiente: dal Codice di settore alla Costituzione*, cit., p. 4).

⁷⁶ E. Rossi, *Tutela individuale e tutela collettiva*, cit., p. 187; A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente*, cit. p. 338 ss. Interessanti riflessioni in ordine all'evoluzione assiologica della *solidarietà* e delle sue implicazioni con la *sussidiarietà* in V. Tondi della Mura, «*Esclusivamente per fini di solidarietà*». *La centralità della persona nella riforma del volontariato e la paradossale dinamica della solidarietà*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 20 luglio 2020, p. 4 ss., il quale sottolinea che la solidarietà, nell'accezione più consona ed adeguata alla centralità della persona umana "[...] favorisce l'autonoma e spontanea iniziativa privata, svincolandola dall'area dei doveri giuridicamente sanzionati e coniugandola con quella dei diritti positivamente garantiti". L'offerta della prestazione volontaria, per tale via, risulta collegabile (non più al *dovere*, bensì) al *diritto* di esercitare la solidarietà, la quale ha come presupposto la libertà, al fine di concorrere all'effettiva integrazione sociale (artt. 3, co. 2, e 4, co. 2, Cost.). Si tratta di un'evoluzione assiologica fondamentale, che nelle sue implicazioni rende ragione della previsione costituzionale del principio di sussidiarietà, altrimenti privo di motivazioni sostanziali e rispondente soltanto ad una diversa scelta di ingegneria sociale e di organizzazione del *Welfare state*; su questi temi, Id., *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2011; Id., (voce) *Volontariato*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, diretta da E. Sgreccia e A. Tarantino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, XII, 2017, p. 893 ss.; E. Rossi, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2354; E. Rossi e A. Bonomi, *La fraternità fra "obbligo" e "libertà". Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in A. Marzanati e A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova Editrice, 2007, p. 86 ss.; E. Rossi, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019.

⁷⁷ Sul tema, v. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale*, cit., spec. p. 10 ss.; R. Rota, *Sussidiarietà e Ambiente: la centralità dell'uomo*, disponibile su http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/ROTA/ROTA-Sussidiariet--e-ambiente-22_06_07.pdf.

⁷⁸ Così G. Azzariti, *Audizione informale Senato – Commissione affari costituzionali, 16 gennaio 2020*, https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/063/801/Prof_GAETANO_AZZARITI.pdf, p. 4, il quale richiama, al riguardo, l'esperienza tedesca e la concezione della *Drittwirkung*.

⁷⁹ Così anche E. Palici di Suni, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali, 24 ottobre 2019*, in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/040/801/Prof.ssa_Elisabetta_PALICI_DI_SUNI.pdf.

dimensione della doverosità, ma anche di quella legata alla solidarietà intergenerazionale⁸⁰, potrebbe conferire una forza nuova a tali principi e fungere, tra l'altro, da valido baluardo contro condotte non rispettose dell'ambiente e del suo valore, a qualunque livello siano poste in essere.

4. Rinnovata *fondamentalità* del diritto ex art.32 Cost. e bilanciamenti possibili dopo la pandemia.

Nel nostro ordinamento (non diversamente da quanto accaduto altrove), si è sperimentata l'enorme difficoltà delle operazioni di bilanciamento⁸¹ tra i valori della salute e dell'ambiente, da un lato, e i valori del lavoro e dell'iniziativa economica, dall'altro, dovuta anche alla carenza dei dati normativi dettati dal legislatore che “è da collegare all'assenza di una visione strategica delle prospettive di sviluppo economico e all'assenza di una considerazione tempestiva e integrata degli interessi ambientali nel momento in cui vengono effettuate le scelte di programmazione o comunque le scelte che determinano interventi che incidono sui fattori ambientali”⁸².

Emblematica, tra le altre, la complessa vicenda dell'Ilva, giunta innanzi al Giudice costituzionale chiamato a risolvere il conflitto insorto tra i giudici di Taranto ed il Governo nella gestione della crisi ambientale generata dall'utilizzo dell'impianto. Come è noto, sul

⁸⁰ Osserva G. Azzariti, *Audizione informale Senato*, cit.: “è assai difficile configurare diritti soggettivi – o anche solo interessi legittimi pretensivi – per persone non nate, soggetti futuri ed indeterminati. Nessun interesse futuro può essere assicurato se esso appare giuridicamente indeterminato. Ecco perché è assai meglio puntare sulla responsabilità delle generazioni presenti. Imponendo limiti e/o obblighi per comportamenti ecosostenibili”.

⁸¹ Nell'impossibilità di dare atto in questa sede dello sterminato dibattito sul tema, ci si limita a segnalare: A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014; Id., (voce) *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 79 ss.; Id., *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 170; M. Dogliani, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 525 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Giappichelli, 1992.

⁸² S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 20.

punto sono state rese due fondamentali sentenze⁸³, la n. 85/2013⁸⁴ e la n. 58/2018⁸⁵, in cui

⁸³ Si tratta delle decisioni aventi ad oggetto la disciplina introdotta in via d'urgenza dal Governo – rispettivamente, nel 2012 e nel 2015 – per fronteggiare, tra l'altro, la crisi dell'impianto siderurgico ex ILVA di Taranto (poi confluito in Arcelor Mittal Italia), considerato quale stabilimento industriale di interesse strategico nazionale. Il Governo aveva dettato misure volte a *contemperare* il mantenimento dei livelli occupazionali nell'area tarantina, e dunque il diritto al lavoro e la libertà d'impresa, con le esigenze di tutela del diritto all'ambiente salubre, del diritto alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e della popolazione residente tutta, in un contesto in cui appariva sempre più incontestabile l'esistenza di un nesso di causalità tra inalazione di sostanze cancerogene prodotte dall'impianto e l'insorgenza di patologie oncologiche. Sul tema, ampiamente, R. Bin, *L'Ilva e il soldato Baladin*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 1/2013; A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, p. 7 ss.; G. Bucci, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. Luchena e V. Teotonico (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, Cacucci, 2015, p. 83 ss.; G. Mastrodonato, *Il complesso rapporto tra salute, ambiente e impresa alla luce della giurisprudenza più recente*, in A.M. Nico (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Cacucci, Bari, 2016, p. 634 ss.

⁸⁴ Con la s. n. 85/2013 il Giudice delle leggi ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice remittente, riconoscendo la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, in quanto volto a «scongiurare una gravissima crisi occupazionale», in una fase di recessione economica nazionale ed internazionale, «senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell'ambiente e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe»; (D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevrona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017; B. Deidda e A. Natale, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Quest. giust.*, n. 2/2014; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 2013; M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013; M. Mezzanotte, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza Ilva, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rass. parl.*, 2013; V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista Aic*, n. 3/2013; E. Vivaldi, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013. Come è noto, il diritto alla salute degli abitanti delle zone adiacenti l'area siderurgica, anche ove non direttamente impegnati nei processi produttivi, è stato riconosciuto il 24 gennaio 2019 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 8 e 13 della Cedu, per la mancata adozione di tutte le misure necessarie alla riduzione dell'inquinamento ambientale in quella area al fine di assicurare la tutela effettiva della salute e del benessere di tutta la popolazione ivi stanziata. Per una analisi di tale decisione, v. S. Zirulia, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.3 /2019.

Sul tema delle misure di contenimento dell'inquinamento ambientale, v. anche A. Bonomo, *Poteri autoritativi e strumenti di mercato nella tutela amministrativa dagli inquinamenti*, in D. Mastrangelo (a cura di), *Appunti sulla tutela amministrativa dagli inquinamenti ambientali*, Aracne, Roma, 2012, p. 151 ss.; Id., *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, n. 6/2009, p. 1475 ss.

⁸⁵ Con la s. n. 58/2018, invece, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme scrutinate, ritenendo che il legislatore non avesse tenuto «in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita», finendo per «privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)»; si vedano i commenti a tale sentenza di S. Frega, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *ConsultaOnline*, n. 2/2018, p. 468 ss.; G. Amendola, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2018; S. Cavaliere, *Il caso ILVA, l'interesse economico nazionale e la sua compatibilità con la dignità dei lavoratori e dei cittadini nella sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, n. 1/2019. La circostanza che la Corte qualifichi come parimenti fondamentali il diritto al lavoro, come il diritto alla salute ed alla vita («il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone

il Giudice delle leggi, ha ancorato saldamente le sue argomentazioni su una ben precisa premessa interpretativa: “l’espressa *fondamentalità* del diritto alla salute non indica una posizione di primazia, non è in grado di orientare l’interprete, non consente di privilegiare la salute rispetto ad altri e concorrenti beni costituzionali [...] insomma, è sprovvista di autonomo significato normativo”⁸⁶. Sono note le affermazioni⁸⁷ sull’inesistenza di rigide gerarchie tra diritti fondamentali e sul necessario continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, che consentirono allora di postergare il diritto alla salute e all’ambiente salubre, al diritto al lavoro e alla libera iniziativa economica⁸⁸.

all’attività d’impresa la quale, ai sensi dell’art. 41 Cost., si deve esplicitare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»), reca in sé lo svilimento della *fondamentalità* espressamente enunciata dall’art. 32 Cost.

⁸⁶ Così D. Morana, *Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 30 aprile 2020, p. 1.

⁸⁷ Secondo il giudice costituzionale, infatti, «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Di qui la confutazione dell’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui «l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come ‘valori primari’ (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire *un sacrificio del loro nucleo essenziale*» (corsivo aggiunto) (s. n. 85/2013).

⁸⁸ Appare utile, qui, ricordare, quell’orientamento risalente secondo cui, invece, il diritto all’ambiente salubre quale diritto protetto costituzionalmente, ha preminenza sugli altri *valori* in caso di conflitto: pur dovendosi tenere in considerazione gli interessi economici e le esigenze competitive delle imprese, la possibile compressione dell’integrità ambientale non può mai spingersi fino a superare il limite «[...] ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell’ambiente in cui l’uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all’art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, co. 2, si richiama» (così Corte cost., s.n. 127/1990); l’art. 41 Cost., invero, stabilisce che l’iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale e non v’è dubbio all’interno dell’utilità sociale «sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell’ambiente» (Corte cost., s.n. 196/1998, richiamata anche da B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, cit., p. 19).

La vicenda dell’Ilva rappresenta di certo il caso più noto di pretermissione del diritto all’ambiente ad altri diritti ed interessi, ma non l’unico, essendo accaduto anche in altri casi che nel bilanciamento si sia finito per giustificare produzioni altamente inquinanti, o la prosecuzione di incentivi per attività nocive alla salute e all’ambiente (ad esempio i Sussidi Ambientalmente Dannosi, su cui si veda C. Bergonzini, *Green economy e agevolazioni fiscali: i sussidi ambientali*, in C. Bergonzini e G. Luchena (a cura di), *Le tasse non sono per tutti*, Milano, FrancoAngeli, 2020, spec. p. 59 ss.; l’A. propone un interessante approfondimento delle ricadute delle politiche fiscali sull’ambiente in tutte le sue declinazioni, sottolineando (p. 55) come anche in

In un contesto assai diverso, quello pandemico, tale particolare relazione di precedenza è risultata del tutto rovesciata.

L'emergenza pandemica, soprattutto nella prima fase di predisposizione delle misure di contrasto della stessa, ha fatto riscoprire la *fondamentalità* del diritto alla salute e del correlato interesse della collettività, contemplata dall'art. 32 Cost., "carattere fondamentale tante volte dimenticato o *annacquato* dal legislatore in improvvidi bilanciamenti – e scarsamente valorizzato anche dalla giurisprudenza costituzionale"⁸⁹.

Ed invero, nel nostro ordinamento (il primo, dopo la Cina, ad aver optato per il *lockdown*), le ragioni della salute, individuale e collettiva, hanno trovato tutela prioritaria su qualunque altro diritto o interesse costituzionalmente tutelato. Tali limitazioni sono state giustificate dal *volto* solidaristico del diritto alla salute e dal *valore superiore* che l'interesse della collettività alla salute assume in situazioni di gravissima emergenza sanitaria⁹⁰. Nel vivace

questo ambito si ponga un problema di bilanciamento tra diversi principi, promozione e sostegno delle attività economiche, da un lato, tutela dell'ambiente e della salute, dall'altro, dovendo tendere le politiche fiscali a garantire la massima salvaguardia ai secondi senza deprimere il sistema economico, anzi, provando ad incentivarne l'evoluzione verso linee di sviluppo sostenibile.

⁸⁹ Così D. Morana, *Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute*, cit. p. 1. L'A. ricorda come, in poche settimane, le sopravvenute necessità poste dalla pandemia, abbiano rivelato "l'inadeguatezza dell'approccio, anche giurisprudenziale, che aveva negato un autonomo significato normativo al carattere fondamentale riconosciuto dalla Costituzione al diritto alla salute (e solo a tale diritto, tra tutti quelli di rango costituzionale) e al corrispondente interesse della collettività (e solo a tale interesse, tra tutti quelli protetti dalla Carta)", riprendendo in tale direzione il pensiero di Vezio Crisafulli (*In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir soc.*, 1982, p. 564) e richiamando la sentenza n. 149/1969, con cui il giudice costituzionale aveva, incidentalmente, affermato che i controlli nei confronti di coloro che preparano e commerciano sostanze di uso agrario e prodotti agrari sono predisposti anche al fine di una rigorosa e necessaria tutela della salute pubblica e, cioè, di un diritto dell'individuo e di un interesse della collettività che l'art. 32 della Costituzione considera fondamentali. Emblematico di tale mutamento di prospettiva il decreto presidenziale della III sezione del Consiglio di Stato del 30 marzo 2020 (n. 02825/2020 reg. ric.), in cui si afferma: «[...] In tale quadro, per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla *privacy* - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo; [...] Per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo».

⁹⁰ M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020. Sottolinea questo aspetto, anche, G. Luccioli, *La pandemia aggredisce anche il diritto*, in *Giustizia Insieme*, 2 aprile 2020, secondo la quale "il diritto alla salute viene così ad incrociare e a saldarsi con il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., in forza del quale ciascun individuo è chiamato a farsi carico anche della salute altrui, evitando di produrne una lesione con il proprio comportamento". Come è stato acutamente osservato (D. Morana, *Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute*, cit., p. 3), ci sarebbe, tuttavia, da essere ben poco tranquilli se si dovesse ritenere che tale riconoscimento del carattere *fondamentale* del diritto alla salute e la sua primazia sugli altri diritti costituzionali sia conseguenza solo delle dimensioni, spaziali e personali, della diffusione del pericolo per la salute: "la salute è destinata a tornare fondamentale esclusivamente quando vi è il rischio

ed imponente dibattito dottrinale che ne è seguito, è stata messa in discussione da molti la costituzionalità degli atti normativi utilizzati allo scopo, ma mai la scelta con essi operata di posporre alla tutela della salute il godimento di altri diritti costituzionali.

È stato efficacemente affermato che la diffusione del Coronavirus è un accadimento esogeno “che, nella percezione collettiva, rappresenta una minaccia esiziale e diffusa alla vita e alla salute di ciascuno e di tutti. Vita e salute individuale e collettiva sono precondizioni necessarie per il godimento di qualsiasi altro diritto. Anzi, in assenza di vita e salute possiamo dire che non c’è neppure bisogno del diritto: il diritto serve ai vivi, e serve (anche) per consentire a tutti di continuare (possibilmente) a restare vivi”⁹¹.

Sebbene da più parti si ritenga che la salute abbia potuto trovare tutela prevalente su tutti gli altri diritti costituzionali in ragione dell’assenza nella nostra Costituzione di una rigida e aprioristica gerarchia dei valori, che rende mobile e storicamente mutevole il punto di equilibrio tra interessi e diritti costituzionali e che, pertanto, l’assetto delle priorità tornerà a modificarsi quando l’emergenza sarà passata⁹², ci sarebbero ragioni per riflettere su quanto accaduto in questi mesi e provare ad argomentare l’opportunità di mantenere alta l’attenzione sulle ragioni dell’ordine generato dalla pandemia⁹³.

Come è stato rilevato, riconoscere un autonomo significato normativo all’aggettivo *fondamentale* che l’art. 32 Cost. riferisce alla salute non avrebbe l’effetto di far prevalere

di un contagio di dimensione nazionale (in un contesto pandemico), mentre può non esserlo quando lo stesso problema riguardi ‘solo’ una collettività regionale o locale?”.

⁹¹ Così E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in *Federalismi.it*, Editoriale, 27 maggio 2020.

⁹² Si vedano i contributi di M. Luciani e di C. Corrado, *La pandemia aggredisce anche il diritto*, in *Giustizia Insieme*, 2 aprile 2020. Sulla stessa linea interpretativa A. Morelli, *Il re del Piccolo Principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, *Forum: La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed enti locali*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2020, secondo il quale tutte le libertà costituzionali dotate di pari riconoscimento e garanzia, è l’entità del pericolo, non il valore del bene tutelato, a legittimare il temporaneo sacrificio degli altri beni (p. 16): “La prospettiva di un irrimediabile deterioramento di tale bene, nella sua dimensione collettiva, giustifica l’adozione di misure estreme, incidenti sui diritti dei singoli e sull’autonomia degli enti. Misure che ovviamente sarebbero intollerabili in condizioni ordinarie” (p. 17).

⁹³ Invero, segnali non del tutto in linea con tale impostazione, vengono dall’analisi della gestione della c.d. seconda ondata dell’emergenza pandemica che, dopo la tregua estiva, si sta consumando proprio mentre si scrivono le presenti note. Attualmente, infatti, sembra emergere un tentativo di maggiore ponderazione: le ragioni dell’economia non sono state drasticamente ed immediatamente posposte a quelle della salute, ma è in atto un tentativo di contemperarle, disponendo misure fortemente restrittive solo nelle regioni più a rischio e via via meno stringenti in quelle dove la situazione sembra maggiormente sotto controllo (v. il d.p.c.m. del 3 novembre 2020, che istituisce le tre diverse zone, gialla, arancione e rossa). Si tratta di un tentativo dichiaratamente volto ad evitare un colpo letale all’economia del Paese proprio in prossimità delle festività natalizie. Nel frattempo, però, la rete ospedaliera è ormai, ovunque, in grande affanno ed i medici di tutta Italia invocano il *lockdown* per contenere la curva dei contagi, perché è già in gioco la possibilità di garantire cure adeguate a tutti i malati.

automaticamente, sempre e comunque, il diritto alla salute su qualunque altra situazione giuridica soggettiva dotata di copertura costituzionale. L'effetto utile, tuttavia, sarebbe quello di vincolare il legislatore prima ed il giudice poi, ad operare bilanciamenti idonei a realizzare diritti e interessi costituzionalmente tutelati senza incidere negativamente sulla salute⁹⁴ e, per trascinamento, anche sull'ambiente.

Ma venendo all'ambiente, forse, ai fini di una sua migliore protezione (non necessariamente agganciata alla salute), potrebbe davvero risultare utile un intervento sulla Carta fondamentale volto ad inserire formalmente la tutela ambientale tra i principi fondamentali⁹⁵, modificando in tal senso l'art. 9 Cost. Sebbene la riforma della Costituzione *in parte qua* possa non apparire necessaria, perché la tutela dell'ambiente è già nel sistema, è anche vero, alla luce di quanto ricordato, che tale tutela non si è rivelata sempre piena ed efficace.

Allora, forse, l'introduzione di un principio fondamentale in materia ambientale fornirebbe agli interpreti-applicatori uno strumento ermeneutico *forte*, utile a garantire una più intensa e sicura tutela dell'ecosistema⁹⁶ e potrebbe produrre l'effetto di rafforzare il valore della tutela ambientale in sede di bilanciamento dei principi confliggenti, da parte degli apparati politico-amministrativi e, soprattutto, degli organi giurisdizionali, sede in cui, come rilevato, si è spesso consumata, nel nostro ordinamento, l'elusione del diritto all'ambiente. Se attraverso l'introduzione di un *nuovo* principio fondamentale nel nostro ordinamento, fosse possibile incidere sull'esistente, predisponendo strumenti in grado di modificare le "priorità di sviluppo entro un quadro di maggior rispetto dell'ambiente circostante", [...] passando "da un'idea di sviluppo basato sulle priorità economico-finanziarie, a quella di

⁹⁴ Così D. Morana, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute*, cit., p. 10.

⁹⁵ I principi fondamentali nell'ordinamento costituzionale "valorizzano i valori, col fatto stesso di tradurli in enunciati normativi, avviando e ponendo dunque le basi più solide per il loro radicamento nell'esperienza, a mezzo dell'opera congiunta di tutti, cittadini ed operatori. Da un altro canto, però, li impoveriscono, la purezza e la virtualmente incontenibile attitudine dei valori ad affermarsi in modo pieno trovandosi costretta a fare i conti con la imperfezione del linguaggio normativo utilizzato per dare ai valori stessi giuridico riconoscimento [...]": così A. Ruggeri, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, relazione al Convegno su *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa*, Bari 29-30 aprile 2009, in www.astrid-online.it, n. 92/2009.

⁹⁶ Sulla necessità di inserire in Costituzione un principio espresso di diritto ambientale, A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 149, il quale ritiene che tale esplicitazione potrebbe condurre ad evitare che si consolidino o comunque agevolino orientamenti interpretativi tesi a perpetuare una tutela recessiva del diritto ambientale, a fronte di altri interessi costituzionali (specie di natura economica) che, a differenza del primo, possono vantare una tutela normativa privilegiata, dacché immediatamente individuabili nella Carta fondamentale.

uno sviluppo ecosostenibile come priorità [...], non tanto o solo un generico ‘sviluppo sostenibile’, quanto un più impegnativo ‘sviluppo ecologico-ambientale’⁹⁷, allora, forse, tale intervento riformatore potrebbe rivelarsi non solo utile, ma auspicabile. A tal fine, come già ricordato, sarebbe opportuno non solo prevedere strumenti coercitivi, che si impongano tanto al legislatore futuro quanto all’attività dei privati, ma anche configurare esplicitamente l’ambiente quale limite espresso alla libertà di iniziativa economica pubblica e privata (attraverso la modifica dell’art. 41 Cost., inserendolo accanto alla sicurezza, libertà e dignità umana)⁹⁸: in tal modo, l’esplicitato diritto/dovere all’ambiente potrebbe meglio funzionare da argine ad attività d’impresa fortemente lesive dell’ecosistema, rafforzando nel bilanciamento il valore della tutela ambientale.

Si tratta di una prospettiva evolutiva di grande rilievo se è vero che “alle grandi sfide sopravvivono solo le civiltà in grado di superare le inerzie degli interessi più radicati, cambiando per tempo le gerarchie di valore”⁹⁹.

5. Qualche rilievo conclusivo.

I cambiamenti globali mettono a rischio il futuro non solo della biosfera, ma dell’umanità stessa: “il degrado e l’erosione costanti del capitale naturale rischiano di provocare cambiamenti irreversibili che potrebbero mettere a repentaglio due secoli di miglioramenti del nostro standard di vita”¹⁰⁰.

Ecco, quindi, che la protezione ambientale è elemento imprescindibile per la tutela dei diritti umani, con particolar riguardo al diritto alla salute e alla vita, ma non solo ad essi.

Il Covid-19 ha reso quanto mai evidente l’interrelazione tra diritti dell’uomo e ambiente e

⁹⁷ G. Azzariti, *Audizione informale Senato*, cit., sottolinea che tale modifica costituzionale potrebbe condurre al risultato che il “bilanciamento dovrà essere assicurato in base ad una priorità – se non gerarchia – di valori, che continuino a salvaguardare iniziativa economica e lavoro, senza però giungere a rimettere al solo legislatore ordinario la ricerca del punto di equilibrio”.

⁹⁸ Anche G. Amendola, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019, su http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/041/001/Dott._AMENDOLA.pdf, ritiene opportuno aggiungere nell’art. 41 che nessuna iniziativa economica può arrecare danno all’ambiente.

⁹⁹ Così F. Merola, *Emergenza ambiente e pandemia*, cit., ricordando J. Diamond, *Collasso: come le società scelgono di vivere o morire*, Torino, Einaudi, 2005.

¹⁰⁰ Settimo Programma di Azione per l’Ambiente (PAA) dell’Unione Europea, approvato con Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, punto 8.

quale minaccia i danni ambientali possono arrecare ai diritti umani, una lezione che non può evidentemente restare lettera morta, ma impone un rinnovato impegno di tutti gli attori istituzionali a livello nazionale ed internazionale, trattandosi di una sfida che si gioca su scala planetaria, una assunzione di responsabilità a tutto tondo, che investe anche i singoli consociati.

Come è stato evidenziato, infatti, l'azione umana che sta producendo l'Antropocene è, il risultato di scelte, individuali (che poi si aggregano in azione collettiva) ispirate da norme sociali e culturali, ma anche da azioni sociali, coordinate attraverso strutture di *governance* locale, nazionale o internazionale¹⁰¹.

Sotto tale ultimo profilo, è fondamentale che le azioni dei pubblici poteri in materia ambientale siano orientate in modo da rafforzare i limiti legali per restare all'interno dei limiti planetari¹⁰².

In questa direzione è vitale il dialogo tra studiosi di ecologia e giuristi, dialogo purtroppo ancora molto limitato, ma che va rapidamente implementato, affinché i primi possano indirizzare lo sviluppo del diritto, andando ad incidere non solo sul formante normativo, ma anche su quello dottrinale e giurisprudenziale, al fine di forgiare attraverso tale dialogo "i principi ecogiuridici, sul piano di una rigorosa astrazione e di una solida ricostruzione teorica"¹⁰³.

Questo potrà produrre importanti ripercussioni anche sull'attività di bilanciamento dei valori in gioco, che finora abbiamo visto produrre forti oscillazioni ora verso un polo ora verso l'altro. Tale attività, come è stato di recente ricordato¹⁰⁴, "[...] a volte operata direttamente dalla Costituzione, viene più spesso realizzata dal legislatore, il quale opera così inevitabilmente anche scelte politiche delle quali si assume la responsabilità". Nel

¹⁰¹ M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit., p. 35.

¹⁰² Così G. Chapron, Y. Epstein, A. Trouwborst e J.V. López-Bao, *Bolster Legal Boundaries to Stay within Planetary Boundaries*, in *Nature Ecology & Evolution*, 21 febbraio 2017: lo scopo e il funzionamento dei limiti legali diventa fondamentale per garantire che i limiti planetari non siano trasgrediti o, quando sono già stati trasgrediti, che le attività umane siano adeguatamente ridotte. Sul tema, M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, cit., p. 8 ss.; D.H. Meadows (et al), *The limits to Growth*, New York, 1972.

¹⁰³ Così M. Monteduro e S. Tommasi, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi* (Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, in ricordo di Giovanni Gabrielli), ESI, Napoli, 2015, p. 161, spec. p. 184 ss. L'A. parla di principi 'ecogiuridici' in quanto caratterizzati dalla forza del diritto ma, al contempo, in grado di recepire nei loro contenuti precettivi sostanziali alcune acquisizioni della scienza ecologica.

¹⁰⁴ R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2020, p. 537.

rapporto tra diritto e politica, in casi come quello in esame “è forte l’incidenza dell’elemento tecnico e dei risultati della scienza”; la Corte costituzionale, a sua volta, chiamata molto spesso a questa attività di bilanciamento, ha in diverse occasioni ammonito il legislatore a tenere nella massima considerazione la posizione dei tecnici, ritenendo il quasi totale azzeramento dello spazio delle scelte politiche “in caso di posizioni unanimi da parte della comunità scientifica”.

Ebbene, la comunità scientifica mondiale da tempo prefigura il rischio del collasso ecologico¹⁰⁵. C’è un passaggio della sentenza su richiamata relativa al caso Ilva che, a questo punto, potrebbe essere opportunamente valorizzato: il bilanciamento, secondo il giudice costituzionale, deve essere compiuto in modo «[...] da non consentire un sacrificio del [...] nucleo essenziale» dei valori primari dell’ambiente e della salute.

Ebbene, sembra difficile dubitare del fatto che «la protezione dal collasso ecologico pertenga a tale nucleo»¹⁰⁶. Ed invero è innegabile che *l’ambiente abitabile* è il bene presupposto del riconoscimento e dell’esercizio di tutti i diritti umani costituzionalizzati, a cominciare dai diritti alla vita e alla salute¹⁰⁷ delle presenti e future generazioni.

Se è vero, dunque, che “il punto di equilibrio che il diritto all’ambiente è destinato a trovare è lasciato all’evoluzione delle scelte del legislatore, delle riflessioni della dottrina e delle

¹⁰⁵ Come ricorda, con ampie citazioni bibliografiche, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell’era della recessione ecologica*, cit., p. 11, “le scienze ecologiche collegano il ‘collasso ecologico’ alle cosiddette soglie critiche (*thresholds* o *tipping points*) proprie di ciascun ecosistema: si tratta di quei punti critici superati i quali un ecosistema perde la possibilità, in cui consiste la sua *resilienza*, di fluttuare dinamicamente ed elasticamente tra stati intermedi multipli di equilibrio assorbendo i disturbi che lo colpiscano ma, al contempo, mantenendo l’integrità delle funzioni e delle strutture ‘chiave’ che forniscono identità all’ecosistema stesso; quando giunge vicino alle sue soglie critiche, l’ecosistema vede compromesse le sue capacità di resilienza, divenendo estremamente instabile e vulnerabile persino rispetto a perturbazioni di debole o minima intensità che precedentemente (all’interno delle soglie critiche) riusciva con facilità ad assorbire; quando varca le soglie critiche, l’ecosistema collassa in tempi più o meno brevi, ma catastroficamente, dal precedente assetto identitario ad uno radicalmente diverso, ossia a uno stato qualitativo nuovo che è controllato da un differente *set* di processi, non più paragonabile al primo sotto il profilo strutturale e funzionale; il precedente ecosistema collassa – si badi – non già nel senso che esso scompare nel nulla (come accade invece per le specie animali o vegetali), ma nel senso che si trasforma in un ecosistema ‘nuovo’, alieno e irriducibile al precedente, che non produrrà più, a beneficio delle collettività umane che vi appartengono, i medesimi servizi ecosistemici che invece assicurava a tali collettività anteriormente al collasso di stato”.

¹⁰⁶ M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell’era della recessione ecologica*, cit., pp. 62-63. L’A. ricorda anche che, per il Giudice delle leggi, il bilanciamento non deve “comprimere il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili” Corte cost., s.n. 309/1999 e s.n.252/2001), poiché “la Carta costituzionale [...] impone di impedire la costituzione di situazioni [...] che possano pregiudicare l’attuazione del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili” (Corte cost., s.n. 219/2008, che cita le ss.nn. 252/2001, 509/2000, 309/1999 e 267/1998.

¹⁰⁷ A. Picillo, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l’intervento penale e il caso Ilva di Taranto*, in *Archivio Penale*, fasc. 1 (Gennaio-Aprile) 2013, p. 9, nt. 3.

decisioni della giurisprudenza¹⁰⁸ e che è rimessa agli indirizzi che matureranno nella giurisprudenza costituzionale la definizione dei rapporti fra il diritto all'ambiente e gli altri diritti fondamentali ed i valori sociali potenzialmente concorrenti¹⁰⁹, allora forse è arrivato il momento di prendere atto della necessità di dare il giusto rilievo a tutti i livelli, costituzionale, legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, al valore primario dell'ambiente e della salute, la cui postergazione ad altri diritti e interessi costituzionali ha rappresentato, finora, una scelta miope, come il Covid-19 insegna.

Verso tale obiettivo possono convergere la formalizzazione nella Costituzione di un principio fondamentale di tutela ambientale, la rivalutazione dell'aggettivo *fondamentale* riferito al diritto *ex art.32 Cost.* e la condivisione dell'approccio One Health¹¹⁰, che promuove lo studio collaborativo, multisetoriale e interdisciplinare delle interconnessioni tra persone, animali, piante ed il loro ambiente condiviso, cruciale per raggiungere livelli ottimali di salute e benessere.

In questa prospettiva dovranno essere sviluppate le politiche nazionali, nel quadro di quelle globali, nella consapevolezza, che siamo di fronte ad una sfida che può essere vinta solo avendo la capacità di orientare in modo decisivo il sistema economico complessivo verso uno sviluppo in grado di coniugare la crescita economica con gli imperativi della tutela ambientale e del benessere individuale, superando la tradizionale contrapposizione tra ragioni dell'ambiente, della salute e dell'economia, del lavoro, ecc., da sempre ricostruite in chiave conflittuale, ma che, invece, si potrebbe dire, *simul stabunt, simul cadent*.

Crescita economica, lavoro e diritti tutti dell'uomo possono prosperare solo se si dà il giusto peso e la giusta considerazione alla tutela ambientale, che opera come *condicio sine qua non* rispetto a tali obiettivi.

Oggi più che mai appare evidente che un sano sviluppo economico postula la stretta connessione tra crescita quantitativa e crescita qualitativa, in un contesto di giustizia e rispetto dell'ambiente, nella considerazione non solo del benessere meramente economico delle generazioni presenti, ma del benessere generale di queste e di quelle future cui abbiamo il dovere di consegnare un pianeta in grado di ospitarle degnamente.

In questa direzione, occorre valorizzare la dimensione collettiva, propria del diritto alla

¹⁰⁸ M. Luciani, (voce) *Salute*, cit., p. 8.

¹⁰⁹ M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 8.

¹¹⁰ https://www.onehealthcommission.org/en/why_one_health/what_is_one_health/.

salute e del diritto all'ambiente, in quanto diritti sociali, galvanizzando la loro componente solidaristica¹¹¹, facendo leva sulla più generale prospettiva solidaristica che pervade tutto l'ordinamento: ritrovare e valorizzare “la consapevolezza delle connessioni tra diritti e doveri che la Costituzione allestisce quali condizioni per un esercizio responsabile della libertà”¹¹², con particolare riguardo ai doveri ambientali, che non possono non essere il necessario contraltare dei diritti sull'ambiente.

La responsabilità di tale percorso pertiene a tutti i soggetti istituzionali, ma anche ai consociati, dei quali occorre implementare la coscienza dei problemi ambientali, la partecipazione consapevole nella programmazione e nell'attuazione delle strategie d'azione in favore dello sviluppo sostenibile¹¹³.

Tutto ciò in ossequio a quella solidarietà ambientale – anch'essa indirizzata, come lo sviluppo sostenibile, alle generazioni future, spingendosi “oltre l'orizzonte delle generazioni presenti”¹¹⁴ – che altro non è che la sintesi della solidarietà politica, economica e sociale, nel senso che il mantenimento dell'equilibrio (e la prevenzione del collasso) ecologico e ambientale, è una preconditione, nel lungo periodo, per la sopravvivenza stessa della collettività e degli individui cui sono imputati i doveri¹¹⁵ di cui la Repubblica esige l'adempimento, contestualmente al riconoscimento dei diritti inviolabili.

Responsabilità, rispetto e solidarietà, anche intergenerazionale, sono le chiavi di volta di un processo che non può più attendere.

Abstract: L'emergenza pandemica ha reso chiaramente intellegibile il nesso esistente tra ambiente e salute, ma anche tra ambiente ed assetti socioeconomici. Il lavoro propone una riflessione sulla necessità di risposte fondate su una visione olistica di tali fattori, con rinnovato impegno e responsabilità degli attori istituzionali, ma anche dei singoli

¹¹¹ F. Niola, *Gli effetti del lockdown sull'ambiente*, cit. p. 16, la quale che argomenta la sussumibilità dell'ambiente nella categoria dei *beni comuni*; sul punto, anche C. Micciché, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, cit., spec. p. 8 ss. con ampi riferimenti bibliografici sul tema. V. Corte cost., s.n. 198/2018, in cui la Corte costituzionale ha ragionato di ambiente quale *bene comune* e «di primaria importanza per la vita sociale ed economica».

¹¹² Così G. Bascherini, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 2; Id., *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

¹¹³ G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, cit., p.560.

¹¹⁴ F. Lettera, *Lo stato ambientale e le generazioni future*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1992, p. 237 ss.

¹¹⁵ In questi termini, G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, cit., p. 583.

consociati, per contrastare l'emergenza ambientale.

Abstract: The pandemic emergency has made the link between the environment and health clearly intelligible, but also between the environment and socio-economic assets. The work proposes a reflection on the need for answers based on a holistic vision of these factors, with renewed commitment and responsibility of the institutional actors, but also of the individual associates, to counter the environmental emergency.

Parole chiave: ambiente – salute – emergenza – Covid-19 – diritti e doveri.

Key words: environment – health – emergency - Covid-19 – rights and duties.

PROFILI GENERALI SU NORMAZIONE E SCIENZA*.

di Luca Di Majo**

Sommario. 1. Il rapporto tra scienza e normazione. – 2. Il confine tra scienza e normazione. – 3. *Better regulation* e contributo della scienza alla progettazione normativa. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

77

1. Il rapporto tra scienza e normazione.

Il rapporto tra la scienza e la normazione non è un tema nuovo¹.

Esso è tornato in auge in tutta la sua, per così dire, *viralità*, alla luce delle recenti vicende pandemiche, con le quali il diritto si è dovuto confrontare improvvisamente e con modalità *innovative* sia per quanto riguarda il versante procedurale e quindi formale, sia per quanto riguarda il versante sostanziale.

Non a caso, è stato ricordato il centenario della scomparsa di Max Weber che ebbe a “sottolineare la tensione irrisolta tra l’esigenza di scientificità [...] e il riconoscimento dei limiti che inevitabilmente le scienze incontrano, quando si tratta di adottare scelte sull’organizzazione della vita degli uomini, che per definizione non possono che spettare alla politica e non certo agli scienziati”².

Un insegnamento “più che mai attuale”³, in particolare nel presente e durante la fase emergenziale causa Covid-19, quando sono state affrontate questioni non troppo diverse da

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatore t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”. Il presente contributo costituisce la relazione tenuta al Corso di Alta Formazione in “Bioetica, biopolitica e biodiritto: le mille facce di una frontiera valicabile? strumenti di analisi e comprensione” organizzato dal Centro Consorzi di Sedico in collaborazione con la Libera Accademia degli Studi di Bellinzona/UNIB-Centro Studi Superiore INDEF (Istituto di Neuroscienze Dinamiche “Erich Fromm”), Sedico (BL), 16 gennaio 2021.

¹ In passato, tra i tanti, se ne sono occupati, G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3 ss. V. più di recente G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale dell’associazione “Gruppo di Pisa”, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, in particolare il saggio di P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, pp. 81-99.

² Ne hanno parlato A. Patroni Griffi e S. Marotta, *Scienza, politica e diritto alla prova del Covid-19*, in corso di pubblicazione.

³ Lo ricorda A. Patroni Griffi, *Scienza e diritto ai tempi del Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico e M. Villone (A cura di), *Stato di emergenza e tecnologia*, in *Consulta on line. Collana di studi*, 2020, spec.

quelle già conosciute da autorevole dottrina che si è occupata della *progettazione normativa*⁴ e, nel campo più specifico della bioetica, delle relazioni “tra legislatore e giudici”⁵.

Il rapporto tra diritto e bioetica non è che una parte del mondo della *normazione scientificamente orientata*, nemmeno troppo sconosciuto già all’indomani della stesura della Costituzione, dove le norme “a fattispecie aperta”⁶ ammettono direttamente⁷ o indirettamente⁸ il progresso scientifico e tecnologico.

Progresso scientifico-tecnologico e diritto paiono sempre più indissolubilmente legati se è vero, come sembra, che la regolazione di settori come ambiente⁹, sicurezza alimentare¹⁰, inizio vita¹¹, fine vita¹², internet¹³, ricerca scientifica¹⁴ ecc. non possono più prescindere anche da un *minimale* apporto (e supporto) delle conoscenze epistemiche e di quello che viene chiamato *stato dell’arte* di una determinata comunità scientifica.

pp. 44-45, il quale richiama anche P. Marsonet, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell’Occidente*, in *loccidentale.it*, 4 marzo 2012, che sottolinea che l’intera opera di Max Weber “è percorsa dalla tensione irrisolta tra l’esigenza di scientificità che egli impone al suo discorso, e il riconoscimento dei limiti che la razionalità tipica della scienza incontra quando l’uomo si accinge a specificare quali siano i significati ultimi in base ai quali organizzare la propria vita. Ne deriva, da un lato, l’ottimismo scienziato dei positivisti, e dall’altro l’acuta consapevolezza weberiana che il progresso scientifico degli ultimi secoli costituisce la radice del particolare genere di razionalizzazione che impronta le società dell’Occidente industrializzato. È proprio questa consapevolezza della difficoltà dei tentativi volti a definire in modo preciso la razionalità a rendere Weber più che mai attuale.”

⁴ Diversi sono gli studi di autorevole dottrina. Senza pretesa di esaustività, cfr. E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, L. Colonna, *La progettazione legislativa è sempre una proposta politica*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 38/1977, A. D’Aloia, *Osservazioni sulla attività informativa delle Commissioni parlamentari permanenti*, in V. Cerulli Irelli e M. Villone (a cura di), *Strumenti conoscitivi delle Commissioni parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 1994, V. Di Ciolo, *Le fonti sulla progettazione legislativa in Italia. Appunti per uno studio*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 3-4/97, A.A. Martino, *La progettazione legislativa nell’ordinamento inquinato*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 38/1977, M. Ruotolo, *La progettazione legislativa. Un’esigenza di rilievo costituzionale?*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2440 ss., P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli, ESI, 2007.

⁵ A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁶ L’espressione è di A. Barbera, *Art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma – Bologna, Zanichelli, 1970.

⁷ Come l’art. 15 Cost., laddove si legge «ogni altra forma di comunicazione».

⁸ Come, ad esempio, il concetto di «presenti» ex art. 64, comma 3, Cost. che ha suscitato denso dibattito in dottrina o, ancora, l’art. 2 e il catalogo aperto dei diritti.

⁹ Cfr. B. Caravita di Toritto, L. Casseti e A. Morrone, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2016.

¹⁰ Su cui, *ex multis*, C. Bottari (a cura di), *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, Rimini, Maggioli, 2015

¹¹ L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹² L. Chieffi, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹³ S. Rodotà, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

¹⁴ A. Iannuzzi (a cura di), *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Chi ha affrontato il tema dell'istruttoria normativa¹⁵, in particolare, ha assunto fin dal principio la consapevolezza di quanto le informazioni provenienti dalle *expertise* fossero fondamentali per la qualità stessa della normazione¹⁶, a partire da tutti quegli elementi richiesti dalle schede tecniche di analisi *ex ante* ed *ex post*, utili per la definizione del contenuto della scelta normativa.

La discrezionalità del legislatore dovrà infatti pur muoversi nell'ambito di un perimetro tracciato da dati, statistiche, valutazioni, indicazioni da parte di soggetti e/o enti accreditati dalla comunità scientifica di riferimento ai quali i regolamenti parlamentari assegnano una funzione non secondaria nell'ambito della progettazione normativa. Ciò tanto a partire dall'iniziativa parlamentare (e popolare), quanto governativa attraverso l'emanazione di atti con forza di legge, ancorché in numero limitato nel campo della normazione *science based* (o *science related*) per l'operatività delle riserve di legge¹⁷, trattandosi pur sempre di materie attratte nell'ambito degli "strumenti di tutela"¹⁸ che la Costituzione assegna a garanzia dei diritti fondamentali.

L'emergenza epidemiologica ha sollecitato la riflessione su questioni *apparentemente non usuali* che si collocano alle frontiere dei temi classici del sistema delle fonti, ma anche del rapporto tra i diversi livelli territoriali di governo¹⁹, per quanto non sia di stretta attinenza all'argomento qui affrontato. g

Sul versante delle fonti, in particolare, il bilanciamento tra scienza e diritto oggi emerge in tutti i suoi problematici profili, ma è un tema che ha trovato spazio anche nei contesti ordinari, cioè nei procedimenti legislativi ordinari.

In sostanza, ogni tipo di regola ha una parte di contenuto scientifico. Senza trascendere nello sterminato mondo della normazione che riguarda temi eticamente sensibili, valga il riferimento, in via generale, alla previsione dell'obbligo di copertura finanziaria delle leggi. Non è già questo un profilo tecnico-scientifico quasi avulso dal campo del diritto puro?

¹⁵ Cfr., *ex multis*, P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, cit., ma si consenta anche un rinvio a L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

¹⁶ M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011.

¹⁷ Per una panoramica generale sui profili più dibattuti durante l'emergenza epidemiologica, cfr. M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *Covid-19 vs. Democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁸ R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹⁹ G. Rivosecchi, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e Regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del Coronavirus*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2020.

O ancora, la materia della sicurezza sul lavoro e tutte le questioni che concernono le distanze per la realizzazione delle impalcature, la tipologia di macchinari utilizzati nel cantiere, il posizionamento degli stessi, il livello degli agenti inquinanti che non può superare una certa soglia di tolleranza per non attentare alla salute e alla sicurezza dei lavoratori²⁰.

O, non per ultimo, la classificazione dei terreni contaminati che ha seguito il decreto legge 10 dicembre 2013, n. 136, convertito, con modificazioni, dall' art. 1, comma 1, l. 6 febbraio 2014, n. 6 sulla *Terra dei Fuochi* che ha classificato le zone a rischio secondo precisi parametri scientifici.

Anche questi profili attengono più o meno direttamente al mondo della scienza che traccia la strada al regolatore in funzione di un unico obiettivo, condiviso almeno sulla carta: la tutela e la garanzia dei diritti fondamentali.

Il contenuto di queste regole dipende sempre da valutazioni scientifiche che entrano, attraverso i modi e le forme previste dai regolamenti parlamentari e nelle fasi di formazione degli atti aventi forza di legge, nel procedimento di regolazione di materie scientificamente connotate.

Il complesso equilibrio tra il momento scientifico e il momento politico, molte volte *in bilico* e sbilanciato verso l'uno o l'altro versante, in contesti straordinari come quello epidemiologico, è la riproposizione – in termini alle volte anche *drammatici* – di qualcosa che è già parte dei lavori parlamentari, soprattutto in tutti quei casi di attuazione di “politiche meramente simboliche”²¹.

La regolazione delle materie scientificamente connotate, oggi, in tutte le sue diverse forme e in tutti i suoi diversi profili, è una delle sfide maggiori per il legislatore di ogni livello, interno e sovranazionale.

Un contesto in cui i mutamenti avvengono sempre più rapidamente e in cui molto spesso risulta difficile riuscire a contemperare la protezione dei diritti fondamentali con l'innovazione tecnologica.

²⁰ P. Pascucci, *Dieci anni di applicazione del d.lgs. n. 81/2008*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1/2018, ma anche, L. Zoppoli, P. Pascucci e G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 2010.

²¹ A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

Forse proprio questo è il cuore della problematica: la difficoltà, ma anche la *necessità* di riuscire a trovare un maggiore punto di incontro, un compromesso tra tutela dei diritti fondamentali e innovazione tecnologica.

Il momento storico attuale, tra i numerosissimi profili problematici aperti dal diritto costituzionale, potrebbe essere anche l'occasione per riflettere su come implementare la qualità della normazione italiana, a partire dagli strumenti di *better regulation* che possono rappresentare il tessuto connettivo tra scienza e diritto.

Le regole di *drating* sono fondamentali anche e soprattutto in contesti come questi tanto che, a sommosso avviso di chi scrive, un utilizzo non al ribasso delle “regole per la qualità delle regole”²² potrebbe governare meglio il richiamato bilanciamento tra il mondo giuridico e il mondo scientifico apparentemente contrastanti, anzi no perché in grado di rappresentare una opportunità se sapientemente governato, tenendo conto – e come non si potrebbe – anche della ragionevolezza delle scelte, modificando in parte l'oggetto della tradizionale riflessione giuridica permeata sui temi classici del diritto valorizzando la relazione biunivoca tra scienza e diritto.

Perché non è soltanto la scienza che si confronta con il diritto, ma è anche il diritto che si confronta con la società permeata dall'evoluzione scientifica.

2. Il confine tra scienza e normazione.

Studi recenti hanno messo in dubbio non tanto il connubio tra le due sfere quanto il primato assoluto della scienza *sul* diritto²³. Accogliere una *riserva di scienza* nell'ordinamento giuridico italiano significherebbe allontanarsi dal bilanciamento tra i diritti, dalla ragionevolezza della scelta politica, se pur vero che proprio il “custode della ragionevolezza”²⁴ stessa ebbe ad assegnare una valenza molto più significativa all'apporto scientifico nel procedimento normativo rispetto alle opportunità che oggi si riconoscono. Con la sentenza n. 282/2002, la Corte costituzionale riservava, più o meno chiaramente, un

²² M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit.

²³ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.

²⁴ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

ruolo di primo piano alla scienza ma residuale al legislatore²⁵, al quale quasi non veniva riconosciuto, «di norma poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni [...] salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali».

Non è un caso che proprio i temi della bioetica hanno rappresentato per il legislatore e per le Corti i piani maggiormente sdruciolevoli per i molteplici profili che intersecano “la dimensione scientifica e la dimensione assiologica”²⁶.

Il dibattito scientifico ha riconosciuto, così, la natura di legge rinforzata quando la produzione normativa, nelle materie scientificamente connotate, sia preceduta da una determinata attività istruttoria che possa corroborare quelli che sono i fondamenti o i presupposti scientifici dell’ordinamento, anche – o forse maggiormente – del suo contenuto.

Questioni che, se affrontate nella prospettiva propria del diritto costituzionale, conducono inevitabilmente ad interrogarsi sulla capacità della norma giuridica di selezionare gli sviluppi della scienza e in funzione di tutela dei diritti fondamentali (non solo la salute), di garanzia della dignità della persona e delle aspettative sulla base delle conoscenze epistemiche.

Se, da un lato, l’esperienza della normazione nel campo della scienza persuade sulla necessità di un ricorso ed un rinvio alla stessa in termini di *sostegno* o di *apporto*, il necessario confronto tra diritto e scienza, dall’altro lato – proprio perché non si tratta solo di tematiche scientificamente connotate, ma coinvolgono necessariamente altri diritti costituzionali, interessi e questioni anche di altra natura, come etica – non potrebbe spingersi troppo in là verso il riconoscimento di una vera e propria *riserva di scienza* per due motivi.

Intanto, il pluralismo scientifico pone in crisi il concetto della oggettività della scienza, almeno negli ambiti in cui la ricerca, pur partendo da premesse simili e obiettivi comuni, può giungere anche a conclusioni divergenti (Covid-19).

L’estrema specializzazione che riscontriamo nell’ambito della scienza medica i cui membri della comunità si confrontano a partire da posizioni particolarmente diversificate delle

²⁵ Così ebbe a rilevare successivamente anche G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 20 maggio 2009.

²⁶ S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. Dir.*, n. 2/2005, pp. 271-324.

formazioni mediche (virologi, infettivologi, epidemiologi), forniscono una rappresentazione abbastanza divergente di gran parte dei fenomeni scientifici, in particolare quelli sconosciuti (ancora il Covid-19).

Riferire oggi che la scienza medica possa rispettare certezze assolutamente vere, inattaccabili, oggettive e condivise sembra, nell'ambito della concezione neopositivista, incoerente rispetto alle finalità, alla neutralità e all'oggettività della stessa scienza che, in qualche modo, metterebbe in crisi la categoria giuridica tradizionale della certezza del diritto.

La scienza moderna ha strutturato una comunità di saperi *liquidi* che non possono aspirare a fornire quelle risposte caratterizzate da una natura di assolutezza e definitività che sembrerebbero presupposte al concetto di *riserva di scienza*.

La scienza contemporanea non sembra in grado di consegnarci un paradigma del genere ed è essa stessa che rinuncia alla valorizzazione e alla promozione dei diritti fondamentali, aspetto riservato invece al diritto.

Non per sue *colpe*, ma per via dell'inarrestabile progresso scientifico che pone gli studiosi innanzi a fenomeni sconosciuti, inesplorati, sempre più complessi e difficili tanto da comprendere (almeno in principio), quanto da normare.

Ciò non significa che bisogna scendere in atteggiamenti irrazionali e anti-scientifici, piuttosto non rimanere vittime di un atteggiamento scienziato che impone l'accreditamento come fonte anche di un minimo di conoscenza scientifica²⁷, laddove continuino ad essere latenti i criteri di selezione delle fonti e dei saperi²⁸ e continuino ad alimentarsi dubbi sui sistemi di valutazione e validazione scientifici²⁹.

Le manifestazioni del vincolo che si pone al legislatore in materie eticamente sensibili, dove è particolarmente tangibile la tensione tra la sede scientifica e la sede politica, si rendono maggiormente percepibili quando una porzione di spazio normativo è, in qualche modo, sottratta al legislatore almeno in due modi.

Da un lato, quando la scelta politica è rimessa ad una sede di decisione diversa.

Dall'altro, quando si *richiama* il legislatore a fondare la propria decisione su quegli

²⁷ In questo senso G. Fontana, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

²⁸ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

²⁹ G. Clemente di San Luca, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

elementi che provengono da fonti qualificate e ricavate attraverso «istituzioni e organismi»³⁰ che non solo elaborano determinate evidenze scientifiche ma le rendono accreditabili e dotate di un elevato livello di certezza nella previsione degli effetti. Non una sottrazione totale dello spazio normativo, ma una necessità di trovare uno spazio di co-determinazione.

Anche per tali motivi, gran parte della riflessione su questo ambito nasce da una giurisprudenza costituzionale che si è gradualmente formata a partire da casi particolari e complessi sfuggiti alla regolazione del legislatore.

Il *caso di Bella*, in esempio, con il problema delle validazioni delle evidenze scientifiche in ambito sanitario in quel momento considerate innovative. In quel caso, la Corte costituzionale, esprimendosi in modo tale da non prevedere poi in futuro l'utilizzo di queste stesse locuzioni che vengono indicate nella sentenza, fa riferimento proprio a competenze che sono riservate a sedi qualificate e, in particolare, agli organi tecnico – scientifici della sanità³¹.

O ancora, la procreazione medicalmente assistita quando con sentenza n. 151/2009, la Corte costituzionale eliminò il limite dei tre embrioni³².

Due pronunce che, per il grado di dettaglio e per il fatto di doversi confrontare necessariamente con un caso concreto, sembravano sottrarre totalmente lo spazio normativo alla politica che, secondo la Consulta, non potrebbe predeterminare fino a quel livello di dettaglio poiché dipendente da una valutazione di fatto che sarà rimessa ad un soggetto (più?) competente.

Così, il ricorso a fonti qualificate e a sedi scientifiche accreditate ha assunto nel tempo una valenza forse sempre più chiara e probabilmente spinta anche da una graduale sfiducia nei confronti delle istituzioni politiche.

Il dualismo tra scienza e politica sembra essersi progressivamente acuito, anche per la

³⁰ La sentenza n. 282/2002 espressamente indicava «istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

³¹ Per ulteriori approfondimenti in tema, cfr. A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 2016, spec. p. 61 ss.

³² 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 – Rassegna*, 19 settembre 2009, D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004. Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009.

difficoltà odierna di predeterminare e pre-stabilire quali siano quelle fonti qualificate e necessarie per il legislatore quando deve intervenire nelle materie scientificamente connotate, considerate spesso come una sorta di terreno autoregolativo presidiato dalla comunità scientifica competente e da parte di tutti quei professionisti che attingono a quelle conoscenze tecniche specifiche che la stessa comunità scientifica considera come evidenze maggioritarie, accreditabili in quanto corrispondenti ai criteri di selezione *autostabiliti* in autonomia.

Questo, però, pone il legislatore non soltanto in una posizione di vincolo ma in una posizione quasi di soccombenza nei confronti della scienza perché la regolazione dell'attività e dei procedimenti dei soggetti che possono essere individuati come titolari della riserva è rimessa anzitutto alla scienza o almeno alle conoscenze epistemiche accreditate.

Questo accade quando non viene tracciata la strada del bilanciamento tra valori contrastanti, tra l'esigenza crescente di selezionare fonti credibili e attendibili, e la tutela dei diritti, in particolare del diritto alla salute.

L'esigenza e la necessità di tracciare una disciplina in grado di individuare e prestabilire quelle che sono le sedi qualificate a produrre le valutazioni tecnico-scientifiche che possono validamente sostanziare e legittimare la decisione legislativa quando è scientificamente caratterizzata è già stata messa in luce da autorevole dottrina³³.

Certamente vi sono diritti che in un determinato contesto storico assumono una rilevanza primaria, per i quali non pare accettabile, di converso, una *interdizione*³⁴ di altri sacri valori e principi di libertà che sono parte del costituzionalismo contemporaneo.

All'uopo, le esigenze di trasparenza e neutralità andrebbero garantite a partire dalla verifica della competenza delle sedi, della tipicità delle sedi decisionali, di indipendenza dei componenti degli organismi tecnico-scientifici che, in qualche modo, possono anche essere riflesse nel procedimento legislativo giustificando la scelta politica.

Peraltro, proprio nella fase della progettazione normativa è da sempre emerso un rapporto *tormentato* tra diritto e scienza.

³³ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit.

³⁴ Ad esempio, nel caso della pandemia vi è stato chi ha messo in luce la totale compressione della libertà di culto. Sul punto cfr. A. Fuccillo, M. Abu Salem e L. Decimo, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet Review*, 4 aprile 2020.

L'atteggiamento assunto dal legislatore italiano in occasione della legge n. 40/2004 è stato contraddistinto da un approccio in gran parte *antiscientifico* che, mosso dall'obiettivo di scongiurare una deriva scientista, ha finito per chiudere la porta alle conoscenze epistemiche.

Come noto, la Corte costituzionale è intervenuta con diverse sentenze dove è maturato un limite alla discrezionalità del legislatore ogni volta che sia opportuno consultare organi e istituzioni di esperienze imparziali per lasciare maggiore spazio alla scienza.

Sono altresì conosciuti altri casi che risentono dell'impatto, dello sviluppo e degli avanzamenti della scienza e del perfezionamento delle tecnologie che hanno generato comunque conflitti ma sul piano etico, come la sperimentazione degli embrioni, le contraccezioni, i vaccini.

In ogni caso la scienza, da questo punto di vista, non fornisce una risposta, non esprime giudizi di valore, ma elementi conoscitivi.

3. *Better regulation* e contributo della scienza alla progettazione normativa.

I manuali di tecnica normativa³⁵ e la dottrina più o meno recente che si è occupata della scrittura dei testi normativi³⁶ ha delineato precise linee guida troppe volte disattese dal legislatore italiano, considerato fin dai primi anni della Repubblica “un pessimo artista”³⁷. Eppure, l'insieme delle regole di *drafting formale* e *drafting sostanziale*, pur non potendo assurgere a panacea dei “mali”³⁸ della legislazione, non possono non essere considerate essenziali per la qualità del prodotto normativo.

³⁵ *Manuale Rescigno* e le *Regole e raccomandazioni per la formulazione dei testi legislativi*, oppure il Manuale operativo predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strumenti per il ciclo della regolazione*, reperibile sul sito internet pcm-dagl_manuale_operativo_air_vir_v.15-01-13-1.pdf.

³⁶ Più recentemente, *ex multis*, E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., mentre per i classici, cfr., S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, Cedam, 1988, M. Basciu (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano, Giuffrè, 1992, M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Padova, Cedam, 1990.

³⁷ F. Carnelutti, *Scienza o arte della legislazione?*, in *Dir. Ec.*, n. 2/1960, p. 823 ss.

³⁸ M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012.

Ciò sia nelle procedure ordinarie³⁹ che nei momenti emergenziali⁴⁰, con alcuni *distinguo* per i secondi.

Per procedere ad una corretta scrittura della norma si deve tener conto dell'universo del linguaggio giuridico; ciò cui si fa riferimento comprende l'uso della punteggiatura, dei verbi, delle definizioni e degli elenchi; la tecnica dei rinvii e il coordinamento con le altre disposizioni.

Per quanto di interesse, mentre in via generale il rispetto puntuale dei principi della *better regulation* non può che giovare al prodotto finale, per le materie scientificamente connotate, l'incastellatura concettuale dei termini, la puntualità dei comportamenti imposti o richiesti andrebbero *temperate* rispetto alla pluralità di situazioni che in astratto la norma mira a disciplinare.

Complesso sembra immaginare più regolazioni fin troppo puntuali applicabili uniformemente a tutte quelle situazioni che richiedono scelte per lo più da parte di soggetti terzi o valutazioni da parte del giudice chiamato a coniugare il caso concreto con la regola astratta sia nei casi in cui ammettere o vietare un comportamento (l'interruzione della vita) o dichiarare la liceità ovvero l'illiceità di un comportamento tenuto (i.e. quando si tratta di valutare la percezione del reato da parte della persona offesa).

Nel rispetto della chiarezza della materia da regolare (l'oggetto)⁴¹ e nella corrispondenza tra il *se* e l'*allora*, la "struttura fisica"⁴² del testo dovrebbe in ogni caso caratterizzarsi per disposizioni brevi⁴³ in grado di chiarire "il significato del testo normativo, la norma in senso stretto o proprio"⁴⁴, il *favor* per l'abrogazione espressa, i rinvii diretti, l'utilizzo accorto della punteggiatura e dei verbi⁴⁵, la semantica, "il rapporto tra i termini e ciò che essi

³⁹ P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, cit.

⁴⁰ Ancor di più nei momenti emergenziali, come ritengo debba esserlo e come ho specificato in L. Di Majo, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da Covid-19*, in *Diritto Regionali*, n. 2/2020.

⁴¹ G.U. Rescigno, *Tipi di atto normativo secondo criteri utili all'applicazione delle tecniche legislative*, in *Rass. parl.* n. 1/1997, p. 198.

⁴² G. Carcaterra, *Metodologia giuridica*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi. ISLE Scuola di scienza e tecnica della legislazione*, cit., p. 109.

⁴³ Per quanto concerne la lunghezza delle disposizioni, esistono varie teorie a riguardo, come ad esempio le indicazioni contenute in alcune direttive del governo austriaco che fissano un limite inferiore a 3500 battute e non più di 8 commi per articolo, o la formula di Flesch; su questi temi cfr. R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004, *passim*.

⁴⁴ G. Carcaterra, *Metodologia giuridica*, cit., p. 109.

⁴⁵ R. Guastini, *Redazione ed interpretazione dei documenti normativi*, in S. Bartole (a cura di), *Lezione di tecnica legislativa*, cit., p. 232.

indicano⁴⁶ che si compone di sintassi e pragmatica, quest'ultima in rapporto di stretta dipendenza dalla prima perché il modo con cui vengono applicate le regole grammaticali è alla base di una corretta costruzione delle disposizioni, in modo da salvaguardare la “corrispondenza biunivoca tra significato e significante”⁴⁷ in particolare nei casi di polisemia, sinonimia, ambiguità semantica⁴⁸.

Rischi che si celano spesso tra le righe della normazione *science related*, in particolare quando vengono mutuati, nel linguaggio ordinario italiano, espressioni inglesi come *food safety* e *food security* che si riferiscono a due profili di *sicurezza* profondamente diversi: la sicurezza intesa come igiene e salubrità di un alimento la *food safety*, mentre agli aspetti etici, economici e sociali come il riconoscimento universale di accesso ad una quantità di cibo sufficiente per condurre una vita dignitosa la *food security*.

Oppure, espressioni che, pur correttamente utilizzate sia nel linguaggio giuridico che ordinario, possono comportare non poche difficoltà interpretative ai giudici chiamati a riempire di significato, a seconda della percezione soggettiva del destinatario di un comportamento normato o degli effetti prodotti da una determinata azione (lecita o illecita). È il caso, in esempio, del termine *malattia* indicato nell'art. 582 ss. c.p. per la quale da molto tempo si contrappongono un orientamento giurisprudenziale e un orientamento dottrinario entrambi suggestivi. Il primo considera malattia qualsiasi alterazione funzionale dell'organismo ancorché finalizzata o circoscritta di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali⁴⁹ con la conseguenza che rientrerebbero nell'alveo delle lesioni e non in quello delle percosse – che è un reato di minore gravità per cui dall'azione del percuotere non deve risultare una malattia del corpo o della mente – anche alterazioni anatomiche di minima rilevanza come ematomi, ecchimosi e contusioni⁵⁰.

La dottrina dominante⁵¹, al contrario, propone una interpretazione più restrittiva e maggiormente aderente al dato medico-scientifico, ossia come sviluppo di un processo patologico che determini un apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo con la conseguenza che, ove si verifichi un'alterazione soltanto anatomica senza implicazioni funzionali – come, invece avviene con ecchimosi, ematomi o contusioni – si configurerà il

⁴⁶ A. Belvedere, (voce) *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.*, p. 27.

⁴⁷ R. Pagano, *Introduzione alla legistica*, cit., p. 138.

⁴⁸ Su questi punti, cfr. G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 176.

⁴⁹ Corte. Cass., 11 giugno 1987, in *Giur. It.*, 1988, II, p.140; 2 febbraio 1984 in *Giust. Pen.*, 1985, II, p. 32.

⁵⁰ Corte. Cass. 3 marzo 1976, in *Cass. pen.* 1977, p. 84; 14 novembre 1979 e 9 maggio 1978.

⁵¹ F. Mantovani, *I delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2011.

reato di percosse, ma mai quello più grave di lesioni.

Sono proprio casi come questi a suggerire cautela e parsimonia al legislatore che, pur nel rispetto delle regole che attengono al *drafting formale*, non può non lasciare un'*alea* riservata all'interprete che diventa, piaccia o non piaccia, colui che modella la norma adattandola al caso concreto, ancorché nel perimetro tracciato dalla *ratio* della legge e conformemente ai principi costituzionali coinvolti nel pur delicato bilanciamento.

Puntualizzata la forma, anche il versante sostanziale che ruota attorno alla procedura si regge sugli apporti fondamentali degli strumenti del *drafting sostanziale*, in particolare l'istruttoria, le relazioni tecniche, le analisi *ex ante* ed *ex post*.

Nel corso dei lavori nelle diverse Commissioni competenti per materia, non a caso, i regolamenti parlamentari predispongono una serie di passaggi obbligati in grado di acquisire dati, informazioni, statistiche finalizzate tanto all'analisi preventiva quanto alla successiva valutazione di impatto della regolazione attraverso la predisposizione di verifiche progressive e almeno biennali degli effetti della scelta politica⁵².

In particolare, l'articolo 79, comma 4, R.C., sembrerebbe richiamare, ancorché con diverse semplificazioni, una serie di *obblighi* imprescindibili («provvede»)⁵³ previsti anche nella *checklist* per la compilazione della relazione dell'Analisi di Impatto della Regolazione⁵⁴, come «l'acquisizione degli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo», «la necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguirne i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge; la conformità della disciplina proposta alla Costituzione, la sua compatibilità con la normativa dell'Unione europea e il rispetto delle competenze delle Regioni e delle Autonomie locali; la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese; l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni e delle disposizioni, nonché la congrua sistemazione della materia in articoli e commi (art. 79, comma 4, R.C.), previa

⁵² T.F. Giupponi e C. Caruso, *Qualità della legislazione e valutazione delle politiche pubbliche: le clausole valutative in alcune esperienze regionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2011, p. 39 ss.

⁵³ Al Senato è invece prevista come mera facoltà dall'art. 46, comma 1, e dall'art. 48, comma 1, secondo cui «Nelle materie di loro competenza, le Commissioni possono disporre, previo consenso del Presidente del Senato, indagini conoscitive intese ad acquisire notizie, informazioni e documentazioni» e con esplicita esclusione dei poteri assegnati alle Commissioni di inchiesta ex art. 162 R.S.

⁵⁴ Disponibile su http://focus.formez.it/sites/all/files/Check_list.pdf.

«richiesta di procedure informative» (art. 48-*bis* R.S.), attraverso l'ausilio di organi tecnici pubblici (l'ISTAT, art. 145, comma 1, R.C.)⁵⁵, della Corte dei Conti (art. 133 R.S. e art. 148 R.C.), anche per quanto concerne l'attuazione degli obblighi assunti in sede europea (art. 144-*quater*, R.S.) e in relazione agli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU e della Corte di Giustizia, o del CNEL (art. 49 R.C., art. 146 R.C.).

Le disposizioni di riferimento previste dalla normativa vigente e, in particolare, dai regolamenti parlamentari non menzionano limiti e modalità di assunzione di questa delicata quanto mai importante forma di *consulenza*.

In esempio, l'art. 143 R.C. e l'art. 47 R.S., prevedono l'audizione formale di Ministri, dirigenti della Pubblica amministrazione, «enti pubblici anche con ordinamento autonomo» (art. 143 R.C.) ed «enti sottoposti al loro controllo» (art. 47 R.S.), ma nulla specificano riguardo a società di diritto privato e a rappresentanti di interessi costituzionalmente tutelati, sebbene si ritenga rientranti anch'essi tra quei soggetti che possono fornire circostanze utili ai fini dell'indagine istruttoria⁵⁶.

Invero, l'esplicito riferimento dell'art. 79, comma 5, R.C. alle «relazioni tecniche» appare essere una precisa indicazione al legislatore delle fonti tecnico-scientifiche a partire dalle quali avviare la costruzione del contenuto del provvedimento normativo, o quantomeno del testo base.

La *scheda AIR* si compone, non a caso, di diverse *caselle*, come la logica e gli obiettivi dell'intervento, le consultazioni con gli *stakeholder*, i portatori di interessi e le parti sociali, la valutazione se intervenire nella materia, mantenerne invariata la disciplina (la c.d. *opzione zero*), la scelta di una tra le opzioni di regolazione individuate, gli obblighi informativi, la motivazione⁵⁷.

Profili e *step* che assumono “un ruolo cruciale”⁵⁸ da soddisfarsi attraverso “un approccio multidisciplinare [...] che dovrebbero comprendere quelle proprie delle scienze economiche e statistiche (soprattutto nella fase di misurazione), dell'analisi economica del

⁵⁵ Al Senato manca una disposizione omologa.

⁵⁶ Cfr. Camera dei deputati, *Boll. Giunte e Comm parl.*, Giunta per il regolamento, XVII legislatura, 12 dicembre 2013, all. 1, p. 37 ss.

⁵⁷ In particolare, sull'obbligo di motivazione delle leggi, cfr. a S. Boccalatte, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008, M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011. Si veda anche M. Carli, *Motivare le leggi: perché no?*, in A. Pisaneschi e L. Violoni (a cura di), *Poteri, garanzie, e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵⁸ M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 74.

diritto (al fine di formulare opzioni alternative al contempo diversificate e realizzabili), delle scienze giuridiche (che evidenziano i vincoli e le esigenze derivanti dagli ordinamenti giuridici interessati), delle scienze sociali (soprattutto quanto alle consultazioni e all’inserimento di indicatori utili all’analisi dell’implementazione). Inoltre, potrebbero risultare essenziali competenze trasversali che contribuiscono a migliorare la qualità dell’analisi: ad esempio la psicologia cognitiva e le neuroscienze in ordine al conseguimento di obiettivi regolatori che ambiscano a modificare permanentemente comportamenti (come quelli rilevanti dal punto di vista sanitario)”⁵⁹.

Proprio tale ultimo profilo avrebbe dovuto suggerire al regolatore che ha tentato – con scarso successo – di governare l’emergenza epidemiologica da Covid-19, un atteggiamento maggiormente sensibile alla valutazione preventiva delle scelte regolatorie in tema di bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute e la restrizione di diverse libertà fondamentali.

La gestione della pandemia ha infatti toccato il punto più alto della *compenetrazione biunivoca* tra scienza e diritto, in una fase particolarmente delicata in cui alla latenza e alla impreparazione della politica si è affiancata una comunità scientifica (virologi, epidemiologi, ecc.) non necessariamente strutturata ed interna all’amministrazione, cercando talvolta di deresponsabilizzare le scelte politiche alla luce degli interventi tecnici. Quando alla latenza della politica si affianca l’emergenza sanitaria come quella che stiamo vivendo, il rapporto tra politica e tecnica si altera.

Eppure, il ruolo della scienza nella progettazione legislativa è sempre stato un aspetto rilevante a partire dai primi anni del ’900⁶⁰ diventando un fattore a volte negativo (come nel fascismo) a volte positivo come completamento del pensiero politico.

Ad oggi, il continuo ricorso ai Comitati Tecnico Scientifici rappresenta una distorsione e un’anomalia rispetto all’apporto certamente positivo assegnato dall’AIR.

Oltre ai profili inerenti alla trasparenza e ai criteri di nomina dei componenti⁶¹ non sembra essersi realizzato, almeno nel contesto pandemico, il ragionevole bilanciamento tra il momento tecnico e il momento politico sapientemente *indotto* dalle tecniche normative che spingono verso una collaborazione tra scienza e diritto in un contesto deideologizzato dove

⁵⁹ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁰ G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018.

⁶¹ Su questi profili, ancora A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit.

le politiche pubbliche e le scelte di politica legislativa dovrebbero fondarsi non su opzioni ideologiche e sulla base delle scelte di partito o dei gruppi di pressione, bensì su una verifica puntuale, attraverso strumenti misurabili e verificabili dei contenuti, delle aspettative e dei risultati della scelta tra le varie opzioni possibili poste al centro dell'arena politica.

Solo in questo modo l'analisi *ex ante* assurge a fattore preliminare e determinante per la verifica *ex post* degli effetti della regolazione (ovvero della scelta *zero*) che si richiede a maggior ragione nell'ambito della regolazione *science related* per la progressiva e veloce evoluzione della scienza che, piaccia o non piaccia, richiede un monitoraggio⁶² ed una manutenzione costante degli effetti delle norme e dei consequenziali adattamenti.

A supporto delle indicate esigenze, soccorrono ancora una volta le tecniche normative in tema di Verifica di Impatto della Regolazione (VIR) “tesa ad analizzare specificamente il grado di conseguimento degli obiettivi connessi all'introduzione di una regola nell'ordinamento, decorso un determinato periodo di tempo dalla sua adozione”⁶³ che può avvenire attraverso, in esempio, l'introduzione delle cc.dd. *evaluation clauses* e una ulteriore *checklist*⁶⁴ in grado di fornire risposte adeguate in merito a “quali e quanti sono stati i vantaggi effettivamente conseguiti dai destinatari della regolazione, quali sono state le eventuali criticità connesse all'attuazione, [se] riconducibili a lacune dell'atto normativo oppure a problemi relativi alla fase di attuazione [e se la regolazione] è risultata coerente con il quadro regolamentare di riferimento e con la strategia del decisore”⁶⁵.

Pertanto, la cura con cui si predispose la scheda AIR, la completezza e la puntualità delle informazioni tecnico-scientifiche ivi contenute diventano cruciali per la *fase 2*.

Le potenzialità dell'AIR sono incalcolabili (in positivo), tanto da essere considerata uno strumento “importante che in altri Paesi ha dato risultati apprezzabili non tanto nel senso

⁶² S. Bartole, *Note sugli studi di «drafting» legislativo negli Stati Uniti d'America: da Ernst Freund all'Harvard Journal on Legislation*, in A. Giuliani e N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica. V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione. T.3: La discussione contemporanea*, Napoli, ESI, 1987, A.A. Cervati, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in *Il Foro italiano*, n. V/1985, p. 280 ss., G. Majone, *Strategic Issues in Risk Regulation and Management*, in OECD, *Review of Regulatory Reform, Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*, 2010, p. 84 ss.; B.G. Mattarella, *Il Consiglio di Stato e la codificazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, p. 78 ss., R. Pagano, *Introduzione al Renton Report (The preparation of legislation)*, in R. Pagano (a cura di), *La preparazione delle leggi. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975)*, Camera dei Deputati, estratto dal *Bollettino d'informazioni costituzionali e parlamentari*, 1990.

⁶³ M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 93.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 94-96.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 95.

di semplificare il diritto, ma almeno nel senso di non complicarlo inutilmente evitando di introdurre costi eccessivi e di imporre ai cittadini e alle imprese adempimenti non necessari”⁶⁶.

Anche in vista della predisposizione della Verifica d’Impatto della Regolazione, l’AIR consente ed incoraggia la partecipazione degli esperti nel momento di formazione della regola attraverso le consultazioni, così da agevolare la comprensione e il significato delle scelte normative.

Ad onor del vero, non possiamo però nascondere le criticità applicative di strumenti come questi che richiedono tempi dilatati rispetto alla inimmaginabile velocità del decorso di eventi come la pandemia da Covid-19⁶⁷.

Inoltre, proprio nel caso dell’emergenza epidemiologica da coronavirus sarebbe stato particolarmente complesso organizzare uno degli *step* più importanti per la qualità della normazione, cioè le consultazioni, “dovendo fare i conti da un lato con l’opposizione diretta – ma certamente minoritaria – dei negazionisti, dall’altro, con la resistenza dei diversi sistemi sociali che vengono ad essere schiacciati nelle loro ambizioni di oggettività e, in qualche caso, nella loro stessa sopravvivenza, dalla prevalenza, sia pure temporanea, del sistema della scienza medica”⁶⁸.

È pur vero, tuttavia, che le tecniche normative, certamente applicabili in contesti ordinari, non possono che indirizzare il legislatore e lo scienziato verso una collaborazione meno sbilanciata suggerendo modi e forme con cui regolare le delicate materie scientificamente connotate.

⁶⁶ B.G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio AIR*, settembre 2010; contrari A. Natalini e F. Sarpi, *L’insostenibile leggerezza dell’AIR*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2009, p. 323 ss.

⁶⁷ Sebbene si siano sperimentate forme *temperate* di analisi *ex ante*, come la c.d. *Air-light*, su cui M. De Benedetto, *Tecniche di analisi della regolazione nell’istruttoria degli atti normativi del Governo: niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole*, in *Osservatorio AIR*, settembre 2010; sul tema, cfr. anche C. Fatta, *L’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) nella XI legislatura*, in *Codice di drafting, Libro I.3*, in www.tecnichenormative.it, 2007, p. 51 ss.; A. Greco, *L’analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*, in *Federalismi.it*, n. 14/2009, M. Martelli e P. Mariuzzo, *Un kit di sopravvivenza per l’AIR: la progettazione leggera*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2006, p. 97 ss.; A. Natalini e F. Sarpi, *L’insostenibile leggerezza dell’AIR*, cit., p. 234; G. Savini, *La “messa a regime” dell’AIR: il d.p.c.m. 11 settembre 2008 recante “Disciplina attuativa dell’analisi di impatto della regolamentazione*, in Amministrazioneincammino.it, 2009.

⁶⁸ S. Marotta e A. Patroni Griffi, *Scienza, politica e diritto alla prova del Covid-19*, in corso di pubblicazione.

4. Brevi riflessioni conclusive.

Quanto raccontato è solo parte dell'universo della qualità della regolazione e delle tecniche normative i cui studi, pur non affrontando in principio il rapporto tra scienza e normazione, hanno fornito indicazioni importanti che dovrebbero essere mutate dal legislatore in tutti i casi in cui si trova innanzi a dover disciplinare materie scientificamente connotate.

Come sembra, le risposte del legislatore sono state fino ad ora parziali e spesso controcorrente rispetto alle reali esigenze del Paese, nell'attesa (vana, in verità) che la scienza potesse conferire un certo grado di certezza alla politica.

Invero, anche le tecniche normative, in particolare la metodologia di analisi *ex post* non ammette certezza assoluta della regolazione, riconoscendo un certo livello di stabilità alla norma, continuamente posta in fibrillazione dal monitoraggio che, soprattutto in ambiti scientifici, può suggerire adattamenti rispetto al mutato contesto di riferimento.

Tale profilo, apparentemente un *handicap*, è in realtà uno dei molteplici punti di forza degli strumenti di *drafting sostanziale* funzionali alla realizzazione degli obiettivi del legislatore. Le esigenze della normazione *science related* sono parzialmente diverse rispetto alla pretesa stabilità del diritto, ma rispondono alla necessità di contrastare il pericolo di un anacronismo legislativo in tutte quelle ipotesi in cui la norma riesca ad adattarsi al mutato contesto scientifico e tecnologico.

La capacità di modellare la norma rispetto alle conoscenze epistemiche dipende dal grado di accettazione degli strumenti di analisi *ex ante* ed *ex post* per consentire alla regolazione "di reagire alle incognite del tempo"⁶⁹.

La *dinamicità* della norma e la capacità di adattamento solo apparentemente si pongono in antitesi all'auspicata chiarezza della normazione: l'adattamento della regola astratta al diverso ma affine caso concreto diventa un'ancora di salvataggio per l'interprete chiamato ad applicare il diritto ad un mutato contesto non per forza incoerente con la volontà del legislatore.

La gestione dell'emergenza da coronavirus ha messo in luce tutti questi profili con estrema drammaticità e pare essersi acquisita la consapevolezza che in tutti i processi naturali la certezza sia un obiettivo per lo più irraggiungibile.

⁶⁹ C. Pinelli, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2014, p. 13.

La scienza può auspicare a diventare, dunque, una *collaboratrice* decisiva per il legislatore che sfrutta i dati forniti per *modellare* le norme attraverso le “regole per la qualità delle regole”⁷⁰. Una eventuale aspirazione *surrogatoria* nei confronti della politica rimarrebbe comunque una idea molto lontana dal ragionevole bilanciamento tra normazione e scienza.

Abstract: La difficoltà della politica in merito a quali scelte preferire in tema di contrasto alla diffusione del coronavirus ha confermato un progressivo avanzamento della tecnica rispetto alla politica stessa.

L’ampliamento del novero dei soggetti *esperti* formalmente chiamati a partecipare alla formazione della scelta politica è un fenomeno che ha caratterizzato le maggiori esperienze costituzionali europee del dopoguerra, auspicato da tempo anche dai teorici della scienza della legislazione.

In particolare in Italia, i *Comitati tecnici* hanno assunto un ruolo di primo piano nel governo dei fenomeni critici e contribuito alle scelte normative di fondo in tema di contrasto al contagio e ripresa economica. Se è naturale e auspicabile la collaborazione tra tecnica e politica al buon funzionamento della società, quando alla latenza della politica si affiancano crisi di varia natura, il rapporto si altera ed emergono diversi profili di criticità: asservimento della tecnica alla politica; settorialità della tecnica; creazione di un blocco tecnico-politico incapace di governare i conflitti e sottratto all’ordinario ciclo di valutazione della responsabilità politica. Il recupero del primato della politica e la trasparenza dei criteri per la selezione degli *apporti esterni* possono contribuire alla riscoperta di una dialettica più *viva* nel rapporto tra politica e tecnica durante le fasi del *law making proces*.

Abstract: The difficulty for politicians in deciding which choices to make regarding the fight against the spread of the coronavirus has confirmed a progressive advancement of technology over politics itself.

The enlargement of the number of experts formally called upon to participate in the formation of the political choice is a phenomenon that has characterised the major European constitutional experiences of the post-war period, which has long been hoped for also by theorists of the science of legislation.

⁷⁰ M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit.

Particularly in Italy, the technical committees have assumed a leading role in the governance of critical phenomena and have contributed to the basic regulatory choices in terms of countering contagion and economic recovery. While it is natural and desirable for technology and politics to work together for the good functioning of society, when the latency of politics is accompanied by crises of various kinds, the relationship is altered and several critical profiles emerge: the subjugation of technology to politics; the sectoriality of technology; the creation of a technical-political bloc incapable of governing conflicts and removed from the ordinary cycle of evaluation of political responsibility. The recovery of the primacy of politics and the transparency of the criteria for the selection of *external contributions* can contribute to the rediscovery of a more lively dialectic in the relationship between politics and technology during the phases of *law making process*.

Parole chiave: procedimento legislativo – qualità della regolazione – scienza – normazione scientificamente orientata – Covid-19.

Key words: law making process – better regulation – science – science related law – Covid-19.

LA PROCURA GENERALE DELLO SPORT: PROFILI RICOSTRUTTIVI*.

di Raffaele Picaro**

Sommario. 1. Inquadramento normativo. Criticità dell'istituto. – 2. Composizione e funzioni. – 3. Il rapporto tra Procura generale e Procure federali. – 4. L'applicazione a seguito di astensione del Procuratore federale.

97

1. Inquadramento normativo. Criticità dell'istituto.

Di recente istituzione nel sistema di giustizia che governa il fenomeno sportivo¹, la Procura generale dello sport², al pari del Collegio di garanzia dello sport, deve il suo ingresso nell'organizzazione interna alla modifica degli artt. 12 e 12 *bis, ter* e *quater* dello Statuto del CONI³.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Ordinario di Diritto privato – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

¹ L'attivazione della Procura generale dello sport è stata disposta con circolare del Segretario generale del CONI del 29 agosto 2014. In vero, sebbene l'organo di giustizia sportiva operi «in piena autonomia e indipendenza», e dunque senza vincolo di subordinazione ad organi del CONI (cfr. art. 12 *quater*, comma 1, Statuto CONI, sul quale diffusamente *infra*), il Segretario del Comitato olimpico, al fine di garantirne il funzionamento, ha facoltà di emanare circolari e note esplicative, anche su richiesta dello stesso Procuratore generale dello sport (in tal senso l'art. 14 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport). Inoltre, là dove incorrano in comportamenti gravemente colposi o dolosi ovvero perdano i requisiti necessari per l'esercizio della loro funzione, i componenti della Procura generale dello sport, come quelli del Collegio di garanzia dello sport, possono essere destinatari dei provvedimenti di cui all'art. 67 del Codice di giustizia sportiva del CONI, la cui adozione è rimessa al Consiglio nazionale del Comitato olimpico, su proposta della Giunta nazionale e previo parere vincolante della Commissione di garanzia di cui all'art. 13 *ter* dello Statuto del CONI (così l'art. 3 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport.).

In argomento, v. A.E. Basilico, *La riforma della giustizia sportiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 647 ss.; M. Sanino e F. Verde, *Diritto Sportivo*, Padova, 2015, p. 551 ss., specie p. 554, testo e nota 139; v. anche M.E. Castaldo, *I rapporti tra la procura generale dello sport e le procure federali: il punto sulla riforma della giustizia sportiva*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2018, p. 305 ss.

² Per una visione d'insieme della riforma della giustizia sportiva si segnalano, *ex multis*, M. Sanino e F. Verde, *Diritto Sportivo*, cit., p. 443 ss.; P. Sandulli e M. Sferrazza, *Il giusto processo sportivo. Il sistema di giustizia sportiva della Federcalcio*, Milano, 2015, *passim*; M. Sanino, *Giustizia Sportiva*, Padova, 2016, spec. p. 296; S. Papa, *Il processo sportivo dopo il Codice CONI*, Torino, 2017, *passim*; G. Liotta e L. Santoro, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, 2020, p. 298 ss.

³ Approvato con deliberazione del Consiglio nazionale n. 1499 del 19 dicembre 2013 e n. 1509 dell'11 giugno 2014 e con d.p.c.m. del 18 giugno 2014 e modificato, ai fini che interessano la specifica trattazione, con deliberazione del Consiglio nazionale n. 1615 del 26 ottobre 2018 e con d.p.c.m. del 21 dicembre 2018.

La prima delle citate disposizioni prevede che «sono istituiti presso il CONI, in piena autonomia e indipendenza, il Collegio di Garanzia dello Sport e la Procura Generale dello Sport» (art. 12, comma 1, Statuto CONI) e precisa che la disciplina ivi prevista per le Federazioni sportive nazionali – come pure quella agli artt. 12 *bis*, *ter* e *quater* – si applica integralmente anche alle Discipline sportive associate e, ove previsto dai rispettivi statuti, agli Enti di promozione sportiva» (art. 12, comma 2, Statuto CONI)⁴.

Ad occuparsi in via precipua della Procura generale dello sport è l'art. 12 *quater* che, al comma 1, ne individua la funzione principale nella «tutela della legalità dell'ordinamento sportivo» e le affida «il compito di coordinare e vigilare le attività inquirenti e requirenti svolte dalle procure federali».

Ai commi seguenti della stessa disposizione è poi rimessa:

- a) la previsione dell'informativa che, periodicamente, ogni procura federale le deve sull'attività e su tutti i procedimenti pendenti, sia in fase di indagine sia in fase dibattimentale (art. 12 *quater*, comma 2, Statuto CONI);
- b) l'istituzione dell'obbligo, per il capo della procura federale, di darle avviso in ordine ad ogni notizia di illecito sportivo ricevuta, dell'avvio dell'azione disciplinare, della conclusione delle indagini, della richiesta di proroga, del deferimento di tesserati e affiliati e dell'intenzione di procedere all'archiviazione, con facoltà per la Procura generale, anche su segnalazione di singoli tesserati e affiliati, di invitare il capo della procura federale ad aprire un fascicolo di indagine su uno o più fatti specifici (art. 12 *quater*, comma 3, Statuto CONI);
- c) l'attribuzione del potere della procura generale di avocare, con provvedimento motivato, l'attività inquirente non ancora conclusa, qualora sia stato superato il termine per la conclusione delle indagini ovvero in caso di richiesta di proroga dello stesso, come pure là dove emerga un'omissione di attività di indagine tale da pregiudicare l'azione disciplinare ovvero l'intenzione di procedere all'archiviazione sia ritenuta irragionevole (art. 12 *quater*, comma 4, Statuto CONI);

⁴ Per M. Sanino, *Giustizia Sportiva*, cit., p. 296, nota 4, che l'istituzione dei due nuovi organi di giustizia sportiva, il Collegio di Garanzia dello Sport e la Procura Generale dello Sport, «ha l'obiettivo primario di garantire e preservare l'autonomia delle Federazioni nell'amministrazione della giustizia, responsabilizzare il più possibile gli organi di giustizia federale, ribadendo ed affermando il potere di vigilanza e di coordinamento attribuito per legge al CONI nei confronti delle Federazioni e di garantire il rispetto del principio di legalità dell'Ordinamento sportivo».

d) la regolamentazione della procedura di nomina del Procuratore generale dello sport (art. 12 *quater*, comma 5, Statuto CONI);

e) la composizione dell'organismo (art. 12 *quater*, comma 6, Statuto CONI).

L'organizzazione e il funzionamento della Procura generale dello sport sono invece rimessi ad un apposito Regolamento, approvato dal Consiglio nazionale del CONI a maggioranza assoluta dei suoi componenti (art. 12 *quater*, comma 7, Statuto CONI)⁵; mentre per lo svolgimento delle sue attività l'Istituzione si avvale del personale della CONI Servizi s.p.a., oggi Sport e salute s.p.a.⁶ (art. 12 *quater*, comma 8, Statuto CONI).

Completano la disciplina del nuovo organo di giustizia sportiva, gli artt. 40-50 e 51-53 del Codice di giustizia sportiva del CONI, dedicati, rispettivamente, al Procuratore federale e alla Procura generale dello sport; nonché il Manuale operativo per la gestione delle comunicazioni con la Procura generale dello sport, al quale è demandata l'individuazione delle modalità di informativa sulle attività inquirenti e requirenti svolte dalle procure federali.

Già da una prima ricostruzione della normativa di settore emerge la specificità dell'istituto in esame, quale organismo che coopera con le singole procure federali, le quali, a loro volta, sono tenute a relazionare alla Procura generale in merito alla propria attività inquirente e requirente secondo modi e tempi puntualmente indicati dalle disposizioni vigenti. Tuttavia, dall'insieme delle disposizioni appena passate in rassegna emerge chiaramente che la prescritta cooperazione non si esaurisce in un'attività di sostegno *ab externo* alle procure federali; questa, infatti, può tradursi anche in un intervento proattivo della Procura generale sul loro operato, specie allorquando l'organo di giustizia ritenga che vi siano le condizioni per l'esercizio del potere di avocazione, riconosciuto alla Procura generale, anzitutto, nei casi nei quali riscontri un'omissione tale da pregiudicare l'esercizio dell'azione disciplinare ovvero ritenga irragionevole l'intenzione di procedere all'archiviazione⁷.

Lo sviluppo del presente contributo rivelerà come siano proprio le attività di vigilanza e avocazione che le sono attribuite dal vigente sistema a rendere la Procura generale dello

⁵ Il Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport è stato adottato con deliberazioni del Consiglio nazionale del CONI n. 1512 dell'11 giugno 2014 e n. 1518 del 15 luglio 2014 e, novellato, da ultimo, 2 ottobre 2019, con deliberazione del Consiglio nazionale del CONI n. 1647 e approvazione con d.p.c.m. del 10 gennaio 2020.

⁶ Società per azioni costituita in forza dell'art. 8 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con l. 8 agosto 2002, n. 178 e modificata ai sensi del comma 629 ss., art. 1, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

⁷ V. *infra*, spec. §§ 3 e 4.

sport uno degli istituti più significativi e, al contempo, controversi della giustizia sportiva, sull'inquadramento del quale resta tuttora aperto il dibattito, in dottrina come in giurisprudenza.

2. Composizione e funzioni.

Sotto l'aspetto più strettamente organizzativo, la Procura generale dello sport è composta dal Procuratore generale, eletto – su proposta della Giunta – dal Consiglio nazionale del CONI con la maggioranza dei due terzi degli aventi diritto al voto, e dai Procuratori nazionali dello sport, nominati dal Presidente del CONI⁸ su proposta del Procuratore generale e posti sotto la sorveglianza dello stesso Procuratore generale.

Il Procuratore generale dello sport dirige l'organo di giustizia e provvede affinché i Procuratori nazionali che lo compongono operino per la migliore realizzazione delle iniziative di competenza e il più efficiente impiego dei mezzi e delle risorse disponibili. È scelto tra professori ordinari in materie giuridiche, avvocati abilitati all'esercizio della professione avanti alle magistrature superiori, avvocati dello Stato, magistrati ordinari e amministrativi e alti ufficiali delle forze di polizia, in servizio o a riposo, e dura in carica quattro anni, con possibilità di rinnovo per soli due mandati consecutivi⁹.

I procuratori nazionali sono individuati, nel numero di dodici¹⁰, tra professori o ricercatori in materie giuridiche, avvocati e dottori commercialisti, con almeno cinque anni di iscrizione all'ordine o tre anni di servizio nell'ambito degli organi di giustizia sportiva, avvocati dello Stato, magistrati e funzionari delle forze di polizia, in servizio o a riposo. Come il Procuratore generale, restano in carica per quattro anni e non possono essere rinnovati per più di due volte¹¹.

La designazione dei Procuratori nazionali dello sport per l'esercizio delle funzioni relative al singolo procedimento è prerogativa del Procuratore generale dello sport, il quale è

⁸ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale, il Presidente del CONI può designare fino a due Vice-Procuratori generali, i quali sostituiscono il Procuratore generale in caso di impedimento e possono essere preposti alla cura di specifici settori, secondo le modalità stabilite dal Procuratore generale.

⁹ Cfr. art. 3, Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport.

¹⁰ Il numero può essere aumentato fino al limite di trenta, *ex art. 12 quater*, comma 7, Statuto CONI.

¹¹ Cfr. art. 3, Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport.

chiamato ad esercitarla secondo un progetto organizzativo redatto in base a criteri obiettivi, che assicuri la turnazione dei Procuratori nazionali e che tenga in considerazione gli ambiti di attività dell'ufficio che si riferiscono ad aree omogenee o che necessitano di indirizzo uniforme. Nei casi di particolare complessità, il Procuratore generale può designare fino a tre Procuratori nazionali per l'esercizio delle funzioni relative al singolo procedimento, indicando nel progetto organizzativo gli ambiti di rispettiva competenza. Il Procuratore generale designa, altresì, i Procuratori nazionali dello sport chiamati ad intervenire alle udienze mediante proprio provvedimento, dandone comunicazione agli stessi per il tramite della Segreteria della Procura generale. Se, nel corso dell'esercizio della propria attività, il Procuratore nazionale designato rileva un conflitto di interessi con la propria funzione, ne informa senza indugio il Procuratore generale, il quale adotta ogni provvedimento necessario, eventualmente designando altro Procuratore nazionale dello sport¹².

Compito precipuo della Procura generale dello sport, come anticipato, è quello di «coordinare e vigilare le attività inquirenti e requirenti svolte dalle Procure federali» allo «scopo di tutelare la legalità dell'ordinamento sportivo» (art. 12 *quater*, comma 1, Statuto CONI). Dette funzioni si estrinsecano in attività tanto eterogenee quanto rilevanti per l'intero sistema sportivo e vincolano gli organi inquirenti federali.

Più precisamente, dal combinato disposto degli artt. 12 *quater* dello Statuto del CONI e 51 del Codice di giustizia del Comitato olimpico emerge che la Procura generale dello sport, in spirito di leale collaborazione:

a) coopera con ciascuno dei Procuratori federali, al fine di assicurare la completezza e tempestività delle rispettive indagini; a tal fine, anche su segnalazione di singoli affiliati e tesserati¹³, può invitare il capo della Procura federale ad aprire un fascicolo di indagine su uno o più fatti specifici, provvedendo alla relativa iscrizione nell'apposito registro¹⁴;

¹² Cfr., ancora, art. 3, Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport, spec. commi 3, 4, 5 e 6.

¹³ Ai sensi dell'art. 12 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport, costituiscono segnalazioni, ai sensi del comma 3 dell'art. 12 *quater* dello Statuto del CONI e del comma 4 dell'art. 51 del Codice di giustizia sportiva del Comitato olimpico, esclusivamente le comunicazioni che presentino i seguenti requisiti: a) verificabilità della provenienza e dell'identità del segnalante; b) qualità di tesserato o affiliato del segnalante ai tempi del fatto segnalato e della segnalazione. La segnalazione manifestamente infondata può essere oggetto di sanzione disciplinare là dove previsto dai regolamenti della federazione di appartenenza.

¹⁴ L'invito, di cui al comma 4 dell'art. 51 del Codice di Giustizia sportiva del CONI può essere formulato soltanto qualora la segnalazione sia stata preventivamente inviata dal tesserato o affiliato alla competente Procura federale e quest'ultima non abbia provveduto, entro trenta giorni dalla ricezione all'iscrizione, all'iscrizione nel relativo registro.

- b) adotta linee guida per prevenire impedimenti o difficoltà nell'attività di indagine dei procuratori federali;
- c) può riunire i procuratori federali interessati, al fine di rendere effettivo il rispettivo potere di promuovere la repressione degli illeciti;
- d) può disporre, con provvedimento motivato sottoscritto dal Procuratore generale¹⁵, l'avocazione dell'attività inquirente federale non ancora conclusa, nei casi di avvenuto superamento dei termini per la conclusione delle indagini, di richiesta di proroga degli stessi, là dove emerga un'omissione di attività di indagine tale da pregiudicare l'azione disciplinare ovvero l'intenzione di procedere all'archiviazione sia ritenuta irragionevole (art. 12 *quater*, comma 4, Statuto CONI);
- e) nei casi di avocazione, il Procuratore generale applica alla procura federale, sino alla conclusione dei gradi di giustizia sportiva relativi al caso oggetto dell'attività inquirente avocata, uno dei procuratori nazionali «ai fini dell'esercizio della relativa attività inquirente e requirente, anche in sede dibattimentale»¹⁶;
- f) è destinataria di una relazione periodica, su base semestrale, da parte della procura federale sull'attività dalla medesima svolta e su tutti i procedimenti pendenti, sia in fase di indagine sia in fase dibattimentale;
- g) autorizza l'astensione del procuratore federale¹⁷;

¹⁵ La motivazione deve dar conto delle ragioni specifiche per le quali la proroga del termine delle indagini del procuratore federale non appare misura adeguata ovvero della concreta omissione che espone a pregiudizio la conclusione dell'azione disciplinare o, infine, delle circostanze la cui gravità e concordanza fanno escludere la ragionevolezza dell'intendimento di procedere all'archiviazione. In ogni caso, l'avocazione non può essere disposta se non dopo che la Procura generale dello sport abbia invitato il Procuratore federale ad adottare, entro un termine ragionevole, specifiche iniziative o concrete misure ovvero, in generale, gli atti in difetto dei quali l'affare può essere avocato. Nel caso di superamento della durata stabilita per le indagini preliminari, la Procura generale dello sport, con tale invito, può rimettere in tempi il Procuratore federale per un tempo ragionevole e, comunque, non superiore a venti giorni, ove ritenga utilmente praticabili nuovi atti.

¹⁶ L'art. 52 del Codice di giustizia sportiva del CONI precisa, al comma 1, che l'applicazione, limitatamente al procedimento al quale si riferisce, «determina il decorso di un nuovo termine per il compimento delle indagini preliminari pari alla metà di quello ordinariamente previsto per le medesime indagini e, in ogni caso, legittima l'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del Procuratore federale sostituito. Il Procuratore nazionale dello sport in applicazione rimane soggetto nei confronti della Procura generale dello sport, in quanto compatibili, ai doveri del Procuratore federale sostituito. L'applicazione, nei casi in cui è disposta l'avocazione di cui al presente comma, si intende cessata quando il procedimento o il processo viene definito in sede federale». Inoltre, lo stesso articolo, al comma 2, prevede che l'applicazione possa essere disposta, su richiesta del Procuratore federale interessato, «quando sussistono protratte vacanze di organico ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali che, anche per la particolare complessità di determinati affari o per l'esigenza di assicurare che il loro trattamento sia eseguito a cura di persona dotata di specifiche esperienze e competenze professionali, possano compromettere l'utile esercizio dell'azione disciplinare. In tali casi, l'applicazione comporta una co-assegnazione del procedimento tra il Procuratore federale e il Procuratore nazionale dello sport in applicazione».

¹⁷ Ai sensi del comma 1 dell'art. 46 del Codice di giustizia sportiva, il Procuratore generale dello sport autorizza l'astensione del Procuratore federale entro tre giorni dal ricevimento della relativa istanza. In caso di

- h) predispone una relazione annuale per il Presidente del CONI riepilogativa dell'attività di coordinamento e vigilanza svolta dalla Procura generale;
- i) svolge attività di raccordo tra Procura federale e Procura antidoping del CONI in caso di conflitti di competenza, ai sensi dell'art. 50 del Codice di giustizia sportiva del CONI;
- l) custodisce – in modalità informatiche – il registro generale dei procedimenti in corso presso ciascun ufficio del procuratore federale¹⁸, il registro generale delle altre notizie di illecito comunque pervenute¹⁹ e il casellario delle condanne sportive²⁰.

autorizzazione, qualora le ragioni di convenienza a fondamento dell'istanza riguardino tutti i componenti della Procura federale, applica un Procuratore nazionale, ai sensi dell'art. 52 del Codice della giustizia sportiva. In caso di rigetto dell'istanza di astensione, invece, emette tempestivamente provvedimento motivato anche succintamente e ne dispone senza indugio la comunicazione al Procuratore federale per il tramite della segreteria della Procura generale (art. 11, Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport). Secondo TAR Lazio, 12 aprile 2018, n. 4041, in *Foro amm.*, 2018 4, p. 710 ss., «[l]'astensione del Procuratore federale, possibile per gravi ragioni di convenienza, deve sempre essere autorizzata dal Procuratore generale dello sport. In caso di astensione, il Procuratore generale dello sport può disporre l'applicazione di Procuratori nazionali, ai fini dell'esercizio della relativa attività inquirente e requirente, normalmente prevista in caso di avocazione o in presenza di situazioni segnalate dallo stesso Procuratore federale, solo ove ragioni di convenienza a fondamento dell'istanza riguardino tutti i componenti della Procura federale».

¹⁸ Ai sensi dell'art. 53, comma 1, del Codice di giustizia sportiva del CONI, il registro generale dei procedimenti in corso presso ciascun ufficio del procuratore federale, istituito e custodito presso la Procura generale dello sport, si articola in una o più sezioni ovvero uno o più registri particolari per l'apposita iscrizione e annotazione dei dati raccolti a norma dell'art. 12 *ter* dello Statuto del Coni, relativamente a: a) relazioni periodiche inviate dal Procuratore federale; b) notizie di illecito sportivo ricevute non in forma anonima dal Procuratore federale; c) comunicazioni di avvio dell'azione disciplinare del Procuratore federale; d) determinazioni di conclusione delle indagini del Procuratore federale; e) istanze di proroga del termine per la conclusione delle indagini del Procuratore federale. L'art. 6 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport precisa che il registro generale dei procedimenti in corso è articolato in sezioni, corrispondenti alle Federazioni sportive o Discipline sportive associate cui il procedimento è relativo. Ciascuna sezione è articolata per numero identificativo di procedimento, al cui interno sono annotati, in ordine cronologico, i singoli atti.

¹⁹ Il registro delle altre notizie di illecito, di cui al comma 2 dell'art. 53 del Codice di giustizia sportiva del CONI, è disciplinato dall'art. 7 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport. Qui sono raccolte, in ordine cronologico, le notizie di illecito comunque pervenute; tuttavia, non costituiscono mai notizie di illecito le informazioni rese in forma anonima. La Segreteria, su istruzione del Procuratore generale dello sport, provvede all'annotazione delle notizie del presente registro all'interno del registro dei procedimenti in corso, se connesse o collegate con procedimenti ivi iscritti.

²⁰ In applicazione del disposto di cui al comma 3 dell'art. 53 del Codice della giustizia sportiva, è istituito, *ex art.* 8 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport, il casellario delle condanne sportive, articolato in base alla denominazione del soggetto, fisico o giuridico, cui è stata inflitta la condanna da parte del competente organo della giustizia sportiva. L'annotazione delle condanne è subordinata alla loro definitività, salvo che l'organo che ha emesso la condanna non disponga diversamente con provvedimento motivato.

Il Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport può istituire anche altri registri. In ogni caso, ognuno di questi deve essere formato in modo tale da dare costantemente piena prova dell'autore e della data dell'iscrizione o dell'annotazione nonché degli altri elementi essenziali al raggiungimento dello scopo per il quale il registro è tenuto. Il Procuratore generale assicura che questo risulti integro e le annotazioni ivi riportate intangibili. Egli, inoltre, deve procurarne il costante aggiornamento, assicurando in special modo che il compimento degli atti e delle attività relative a ciascun procedimento risulti immediatamente accessibile (art. 53, commi 3 e 4, Codice di giustizia sportiva del CONI).

La trasmissione dei dati da parte delle Procure federali per l'iscrizione e annotazione dei registri è disciplinata dall'art. 9 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport. L'operazione è effettuata mediante caricamento del *file* della scansione del documento originale in apposita piattaforma

Alla Procura generale dello sport, inoltre, spettano attribuzioni requirenti esclusive in relazione al giudizio che si svolge dinanzi al Collegio di garanzia dello sport. Si tratta della facoltà di proporre ricorso a quest'ultimo «avverso tutte le decisioni altrimenti non impugnabili nell'ambito dell'ordinamento federale ed emesse dai relativi organi di giustizia, ad esclusione di quelle in materia di doping e di quelle che hanno comportato l'irrogazione di sanzioni tecnico-sportive di durata inferiore a novanta giorni o pecuniarie fino a 10.000 euro». Inoltre, la procura generale dello sport ha facoltà di intervenire ad ogni udienza fissata per la discussione delle controversie delle quali è investito il Collegio di garanzia, così come la Federazione interessata, la quale può stare in giudizio, a difesa della legittimità delle decisioni endofederali, con il ministero di un proprio difensore.

Con decisione n. 24/2018 del 3 maggio 2018, le Sezioni unite del Collegio di garanzia dello sport del CONI hanno chiarito tipologia ed ampiezza del potere di impugnazione della Procura generale innanzi allo stesso organo di giustizia sportiva ai sensi del disposto del comma 2 dell'art. 54 del Codice di giustizia sportiva del Comitato olimpico²¹. Ad avviso del Giudice nomofilattico, l'ammissibilità del ricorso sussiste entro i limiti di un gravame di natura non cassatoria e dunque tendente all'enunciazione di un principio di diritto, che tuttavia non può mai determinare il sovvertimento della sentenza gravata dovendo piuttosto orientare per casi futuri i giudici endofederali. In sostanza, la Procura generale dello sport non è mai vera e propria parte del processo sportivo, a meno che essa non decida di avocare l'attività inquirente della singola Procura federale *ex art. 51 del Codice di giustizia CONI e 12 quater*, comma 4, dello Statuto CONI. Fermo restando che, qualora avochi l'attività inquirente, ai sensi del comma 5 dell'art. 12 *quater* dello Statuto CONI, il Procuratore generale deve applicare alla Procura federale che sarebbe stata competente allo svolgimento dell'attività medesima un Procuratore nazionale, che quindi agisce in surroga del Procuratore federale in parola e non *iure proprio*. In tal senso lo stesso art. 44 del Codice di giustizia sportiva CONI, che conferisce al Procuratore di ogni singola federazione

informatica. Le modalità di predisposizione, di invio e di accesso alla predetta piattaforma sono stabilite con circolare del Segretario generale del CONI, sentito il Procuratore generale dello sport. Tali modalità assicurano comunque la riservatezza delle informazioni e la verificabilità dei soggetti che vi accedono, anche attraverso un apposito sistema di autenticazione informatica per l'accesso.

²¹ La pronuncia è consultabile alla pagina www.coni.it. Il relativo giudizio era stato instaurato a seguito della rimessione, ad opera della Sezione quarta con la decisione n. 9/2019 del 15 febbraio 2018 (anch'essa consultabile alla pagina www.coni.it), della questione concernente l'ammissibilità dell'impugnazione proposta dalla Procura generale dello sport avverso una pronuncia della Corte d'appello della Federazione italiana dama in assenza di una situazione di soccombenza formale della Procura istituita in senso alla Federazione stessa.

sportiva nazionale il potere esclusivo di esercitare l'azione disciplinare verso tesserati e affiliati e altri soggetti secondo le norme domestiche all'uopo indicate²².

Degli atti compiuti presso la Procura generale dello sport e della attività comunque svolte è assicurata idonea documentazione, anche soltanto informatica, a cura dei Procuratori nazionali dello sport. Della conservazione degli atti e della documentazione risponde direttamente il Procuratore generale.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura, la documentazione deve essere analitica ogni qual volta la Procura nel corso della propria attività:

- a) abbia notizia di fatti rilevanti anche per l'Ufficio del Pubblico ministero;
- b) compia attività riguardanti componenti del Consiglio nazionale del CONI;
- c) rilevi un danno di notevole entità per il CONI;
- d) e, comunque, ogni qual volta il Procuratore generale ritenga che sia opportuna una documentazione non sintetica.

In tutti gli altri casi, gli atti compiuti dalla Procura generale dello sport sono documentati in forma sintetica dalla Segreteria, che ne cura la riservatezza, anche mediante custodia in apposito archivio informatico tenuto presso la sede della Procura generale. La consultazione di tale archivio è consentita ai soli componenti della Procura generale, previa autenticazione informatica del soggetto che vi accede.

3. Il rapporto tra Procura generale e Procure federali.

Come anticipato, il rapporto tra Procura generale dello sport e singola Procura federale, segnato da una singolare complementarità tra istituzioni sportive, rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più significativi della riforma di settore.

Sebbene la repressione degli illeciti sportivi sia prerogativa della competente procura

²² In tal senso anche Trib. fed. naz. FIGC, Sez. disc., 8 agosto 2018, in *www.figc.it*, che ha riconosciuto a sua volta la preclusione di organi diversi dall'Ufficio della Procura della singola federazione dalla potestà di chiedere, attraverso la proposizione di un ricorso, l'irrogazione di sanzioni a carico di un tesserato o di un affiliato. Sul punto, *amplius, infra*, § 3.

federale²³, con la quale la Procura generale dello sport è chiamata ad una «leale collaborazione», è innegabile il continuo ed intenso controllo che quest'ultima svolge sull'attività inquirente degli organi federali.

Particolarmente significativa, in tal senso, la relazione periodica che ogni Procura federale deve rendere al Procuratore generale dello sport sulla sua attività e sui procedimenti pendenti; come pure l'obbligo per la prima di avvisare il secondo di ogni notizia di illecito sportivo ricevuta, dell'avvio dell'azione disciplinare, della conclusione delle indagini, della richiesta di proroga, del deferimento di tesserati e affiliati e dell'intenzione di procedere all'archiviazione²⁴.

Ancora. In ipotesi di applicazione di sanzioni su richiesta a seguito di atto di deferimento, disciplinata dall'art. 28 del Codice di giustizia sportiva del CONI, l'accordo intercorso tra incolpato e procuratore federale «è trasmesso, a cura del procuratore federale, alla Procura generale dello sport che, entro i dieci giorni successivi, può formulare osservazioni con riguardo alla correttezza della qualificazione dei fatti operata dalle parti e alla congruità della sanzione indicata». A ciò deve aggiungersi il controllo preventivo che l'art. 48 dello stesso Codice riserva alla Procura generale dello sport nei casi di «applicazione di sanzioni su richiesta e senza incolpazione», là dove il Procuratore generale deve essere informato dal Procuratore federale «prima di addivenire all'accordo» con il soggetto sottoposto ad indagine.

Se poi si considera il potere della Procura generale di «invitare il capo della procura federale ad aprire un fascicolo di indagine su uno o più fatti specifici», anche «su segnalazione di singoli affiliati o tesserati»; ma ancor più di avocare funzioni riservate dal sistema sportivo agli organi inquirenti federali fino alla conclusione dei gradi di giustizia interna relativi al caso oggetto dell'azione inquirente interessata (art. 12 *quater*, comma 3,

²³ V. l'art. 40 del Codice di giustizia sportiva del CONI che, al comma 1, riferisce al Procuratore federale la prerogativa di «promuovere la repressione degli illeciti sanzionati dallo Statuto e dalle norme federali», esercitando le proprie funzioni «davanti agli Organi di giustizia della rispettiva Federazione».

²⁴ *Ex* art. 10 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport, ciascun procuratore federale è tenuto a presentare alla procura generale del CONI una relazione periodica sull'attività dell'Ufficio che dirige e su ogni procedimento pendente, in fase d'indagine e dibattimentale. La suddetta relazione periodica è trasmessa alla Segreteria della Procura generale entro l'ultimo giorno di ogni semestre ed è consultabile unicamente dai componenti della Procura generale. Tale relazione contiene, oltre alla valutazione sull'andamento dell'attività della procura federale e sulle eventuali criticità, l'indicazione analitica delle attività istruttorie svolte per ogni procedimento pendente. Entro il 30 gennaio di ogni anno, il Procuratore generale dello sport trasmette al Presidente del CONI una relazione annuale riepilogativa dell'attività di coordinamento e vigilanza svolta dalla procura generale.

Statuto CONI), si disvela secondo alcuni una vera e propria subordinazione della Procura federale all'autorità della Procura generale dello sport presso il CONI²⁵.

Ad un'attenta lettura della regolamentazione di settore, tuttavia, sembrerebbe che i rapporti tra Procura federale e Procura generale dello sport paiono muoversi su un piano più di vicarianza che non di stretta subordinazione²⁶.

In tal senso, anzitutto, il comma 7 dell'art. 12 *quater* dello Statuto del CONI, che subordina l'esercizio del potere di avocazione ad un invito che la Procura generale dello sport è tenuta a trasmettere al Procuratore federale, sollecitandolo ad adottare, in un «termine ragionevole» non meglio precisato, «specifiche iniziative o concrete misure ovvero, in generale, gli atti in difetto dei quali l'affare può essere revocato». Peraltro, con tale invito, là dove risulti superato il termine massimo di durata delle indagini preliminari, la Procura generale «può rimettere in termini il Procuratore federale per un tempo ragionevole, comunque non superiore a venti giorni, ove ritenga utilmente praticabili nuovi atti».

Le stesse modalità di esercizio del potere di avocazione, a ben vedere, ne rivelano la natura di ausilio e controllo più che di stretta sovraordinazione all'autorità federale. In vero, qualora ne avochi l'attività inquirente²⁷, il Procuratore generale dello sport applica un procuratore nazionale alla Procura federale per la trattazione del procedimento interessato finché questo non venga definito in sede federale. Tuttavia, il Procuratore nazionale applicato presso la Procura federale rimane soggetto nei confronti della Procura generale

²⁵ Secondo B. Agostinis e M. Vigna, *Il nuovo codice di giustizia sportiva: una vera rivoluzione per lo sport italiano*, cit., p. 85, “il meccanismo dell'avocazione richiama per sua natura echi di procedura e diritto penale, dove il Procuratore generale può sostituirsi al Pubblico ministero nei casi dell'art. 372 c.p.p. e dove il Procuratore nazionale antimafia può avocare a sé le indagini in caso di reati di criminalità organizzata, specie quando non sia possibile rendere effettivo il coordinamento tra due o più procure interessate. Ciò porta quindi a ritenere che – tra i vari aspetti – vi sia tra Procura generale e Procura federale un rapporto gerarchico funzionale in cui la Procura generale riveste evidentemente un grado 'superiore'. A tal riguardo si noti come il potere di avocazione sia stato appositamente inserito nello Statuto del CONI. È infatti chiaro che la deroga dell'ordine delle competenze necessiti di una norma avente forza non inferiore (in questo caso addirittura superiore) rispetto a quella che ha attribuito le competenze derogate”. Ritengono auspicabile un intervento razionalizzante la materia, ad opera della Giunta del CONI, che salvaguardi l'autonomia interna della giustizia federale, facendo salvo il controllo del CONI su di essa, P. Sandulli e M. Sferrazza, *Il giusto processo sportivo*, cit., 127.

²⁶ Sul punto cfr. le interessanti riflessioni di M.E. Castaldo, *I rapporti tra la procura generale dello sport e le procure federali*, cit., p. 305 ss.

²⁷ Si ricorda che la *applicazione* presso le singole Procure Federali, di un Procuratore nazionale, è prevista: a) a séguito di avocazione, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 12 *ter*, comma 4, dello Statuto CONI, art. 51, comma 6, del Codice di giustizia sportiva del CONI e art. 52, comma 1, CGS CONI; b) su richiesta del Procuratore Federale, ai sensi dell'art. 52, comma 2, del Codice di giustizia sportiva del CONI; c) in caso di autorizzazione all'astensione del Procuratore Federale, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 46, comma 2, del Codice di giustizia sportiva del CONI, art. 11, comma 2, del Regolamento di Organizzazione e Funzionamento della Procura Generale dello Sport e dell'art. 52 del Codice di giustizia sportiva del CONI.

dello sport ai doveri del Procuratore federale sostituito, in quanto compatibili. Questo ruolo di ausilio (oltre che di controllo) della Procura generale dello sport emerge anche dal disposto dell'art. 52, comma 2, del Codice di giustizia sportiva del CONI, il quale prevede la possibilità di una «co-assegnazione» del procedimento tra il Procuratore federale e il Procuratore nazionale dello sport in applicazione, su richiesta del primo, «quando sussistono protratte vacanze di organico ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali che, anche per la particolare complessità di determinati affari o per l'esigenza di assicurare che il loro trattamento sia eseguito a cura di persona dotata di specifiche esperienze e competenze professionali, possano compromettere l'utile esercizio dell'azione disciplinare»²⁸.

Si può dunque concludere che, stando al quadro normativo di riferimento, responsabile dell'azione disciplinare è il solo Procuratore federale ed a lui solo spetta la relativa legittimazione ad agire. Alla Procura generale dello sport presso il CONI, invece, compete l'esercizio dell'azione disciplinare soltanto negli specifici casi passati in rassegna, là dove questa opera – tra l'altro – con il meccanismo della sostituzione processuale e della vicarianza, senza alcuna traslazione del relativo potere che invece resta imputato alla Procura federale interessata²⁹.

4. L'applicazione a seguito di astensione del Procuratore federale.

Alcune criticità nei rapporti tra Procura federale e Procura generale potrebbero registrarsi

²⁸ V. *infra*, § 4.

²⁹ M.E. Castaldo, *I rapporti tra la procura generale dello sport e le procure federali*, cit., p. 314, dà conto che dai dati raccolti dalla Procura generale dello sport sino al 13 dicembre 2017 emerge un *trend* di positiva implementazione del nuovo sistema ideato dal CONI. Più precisamente, a fronte di circa 8936 fascicoli *lavorati* dalle Federazioni Sportive Nazionali e dalle Discipline Associate, l'a. rileva come le condivisioni dell'intendimento archiviazione siano andate crescendo, «in ciò evidenziando un sempre maggiore allineamento delle Procure Federali, sia nella gestione delle indagini sia nelle relative valutazioni degli esiti istruttori, alle raccomandazioni della Procura Generale CONI la quale, pertanto, si trova sempre meno nella condizione di dover rigettare l'intendimento di archiviazione e, nel caso di ulteriore 'discordia', di avocare il procedimento». A tale proposito, proprio le avocazioni, intese quale strumento di *esautorazione* punitiva delle Procure Federali, mostrerebbero un andamento decrescente, atteso che solo 3 procedimenti risultano avvocati nell'anno 2017 a fronte dei 6 fascicoli del 2016; ciò a ulteriore conferma dell'armonizzazione dei ruoli nel sistema sportivo. Ancor più l'a. osserva che, per le applicazioni ai sensi dell'art. 52, comma 2, del Codice di giustizia sportiva del CONI, emergerebbe un significativo elemento di positività nei rapporti tra le Procure Federali e la Procura Generale, la quale, «lungi dall'essere vista quale corpo estraneo innestato nel sistema della giustizia sportiva, viene invece interessata direttamente dai singoli Uffici di Procura nei procedimenti più complessi o coinvolgenti specifiche competenze tecniche (come nelle vicende per *mala gestio* economica o amministrativa o inerenti gli abusi sessuali sui minori)».

nei casi di applicazione a seguito di astensione del Procuratore federale, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 46, comma 2, e 52 del Codice di giustizia sportiva del CONI nonché dell'art. 11 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport.

La disposizione da ultimo citata, al comma 2, prevede che il Procuratore generale dello sport, ravvisati gravi motivi di opportunità e, dunque, concessa l'autorizzazione all'astensione, «qualora le ragioni di convenienza a fondamento dell'istanza riguardino tutti i componenti della Procura federale, applica un Procuratore nazionale ai sensi dell'art. 52 del Codice della Giustizia sportiva». Tuttavia, a tal fine, la disposizione in parola opera un mero rinvio all'art. 52 del Codice di giustizia sportiva, senza distinzione alcuna tra le due ipotesi ivi disciplinate, sebbene tra loro assai diverse nel grado di rigidità e afflittività, con un'applicazione del tutto sostitutiva nelle più gravi ipotesi cui rinvia il primo comma ed una più adiuvante co-assegnazione nei casi di cui invece si occupa il secondo comma dell'art. 52 del Codice di giustizia sportiva del CONI, relativi a «protratte vacanze di organico ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali che, anche per la particolare complessità di determinati affari o per l'esigenza di assicurare che il loro trattamento sia eseguito a cura di persona dotata di specifiche esperienze e competenze professionali, possano compromettere l'utile esercizio dell'azione disciplinare».

Ciò nondimeno, ad avviso della più attenta letteratura, il rinvio *tout court* all'art. 52 del Codice di giustizia sportiva del CONI operato dall'art. 11, comma 2, del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello sport, lungi dal risolversi in una trascuratezza del legislatore sportivo ovvero in una cattiva tecnica redazionale, costituirebbe, piuttosto, “una precisa opzione normativa finalizzata a consentire alla Procura Generale la gestione dell'applicazione del Procuratore Nazionale in modo sintonico rispetto alle specificità del caso concreto”³⁰.

In vero, come si è a più riprese sottolineato nelle pagine che precedono³¹, l'applicazione a séguito dell'astensione del Procuratore Federale comporta il trasferimento – non della titolarità, ma soltanto – dell'esercizio delle funzioni inquirenti e requirenti in capo al Procuratore Nazionale applicato, immesso dal Procuratore Generale nelle funzioni del Procuratore Federale astenuto. Una dislocazione dell'esercizio di funzioni, dunque, che ben

³⁰ M.E. Castaldo, *I rapporti tra la procura generale dello sport e le procure federali*, cit., p. 312.

³¹ V. *retro*, § 3.

potrà assumere i tratti più severi e afflittivi caratterizzanti il primo comma dell'art. 52 Codice di giustizia del CONI, e dunque, esautorando completamente la Procura Federale per la trattazione del procedimento; ovvero quelli più indulgenti e adjuvanti tipici del secondo comma della citata disposizione, tutte le volte nelle quali, le ragioni dell'astensione, pur fondando la necessità della applicazione, consentano una più *morbida* co-assegnazione del procedimento.

In tale prospettiva esegetica, le ipotesi legittimanti l'applicazione, e dunque:

- a) l'avocazione nei casi tassativamente previsti e relativi a criticità dell'attività di indagini *rimproverabili* al Procuratore Federale (applicazione c.d. *punitiva*);
- b) la richiesta del Procuratore Federale nei casi anch'essi tassativamente previsti e inerenti criticità non causate dal Procuratore federale (applicazione c.d. *adiuvante*);
- c) l'astensione del Procuratore Federale per gravi ragioni di convenienza;

non fanno altro che enucleare circostanze selezionate dal regolatore sportivo quali vicende destinate a incidere, con intensità diverse ma pur sempre in senso critico, sull'azione della Procura federale e utili a giustificare l'esautorazione dell'attività inquirente ovvero l'affiancamento della Procura Generale alla Procura federale tutte le volte nelle quali questa riveli un'incapacità nel gestire le funzioni assegnatele dal sistema di giustizia sportiva³².

Abstract: Il lavoro si propone di declinare i profili ricostruttivi della Procura Generale dello Sport, organo della giustizia sportiva di recente introduzione nel sistema policentrico dell'ordinamento sportivo, la cui attività si intreccia con la Procura federale, in un rapporto di complementarietà e di subordinazione funzionale. Sulla base delle disposizioni di

³² Così, ancora, M.E. Castaldo, *I rapporti tra la procura generale dello sport e le procure federali*, cit., p. 312 s., la quale precisa, tuttavia, che, in ogni caso, la co-assegnazione del procedimento non potrà in alcun caso tradursi in una co-gestione del fascicolo, intesa quale necessità della gestione congiunta con obbligo di co-firma del Procuratore Nazionale applicato e del Procuratore federale che subisce l'applicazione. Ciò per ragioni di ordine non soltanto giuridico, ma anche meramente logico. Secondo l'a., non solo non vi sarebbe alcuna norma nel Codice di giustizia sportiva del CONI che stabilisca la co-gestione del fascicolo con obbligo di co-firma degli atti su carta intestata della Procura Federale, ma una tale soluzione interpretativa avrebbe due ricadute negative sul sistema di giustizia sportiva. Da un lato, infatti, avallare un simile intervento dell'organo giudicante non potrebbe che essere valutato *contra ius*, in quanto, introducendo una previsione normativa assente, configurerebbe un esercizio del potere legislativo non consentito alla giurisdizione. Dall'altro, tale interpolazione produrrebbe una seria criticità di sistema, con esiti di schizofrenia normativa all'interno dell'ordinamento sportivo: “[c]i si troverebbe, infatti, nella incresciosa situazione per cui alla previsione legislativa dell'immissione di un Procuratore Nazionale nelle funzioni del Procuratore federale al fine di garantire la correttezza delle attività di indagine per le ragioni anzidette, l'organo giudicante contrapponga la necessità di svolgere quelle attività co-gestendole e con obbligo di co-firma degli atti del Procuratore sostituito, facendo rientrare dalla finestra quello che era uscito dalla porta, ossia ripristinando il pericolo di inquinamento dell'attività inquirente e ponendo nel nulla le precise scelte normative effettuate dal legislatore sportivo”.

settore, tale istituzione svolge, in piena autonomia ed indipendenza, compiti di coordinamento e di vigilanza delle attività inquirenti e requirenti esercitate dalle Procure federali; inoltre assume funzioni requirenti esclusive in relazione al giudizio innanzi al Collegio di Garanzia dello Sport. Pur apprezzandosi le ragioni poste a sostegno dell'istituto, non possono ignorarsi le implicazioni critiche derivanti dall'emersione di possibili conflitti tra Procura Generale dello Sport e Procura Federale, soprattutto laddove si consideri la scarna disciplina dedicata alle modalità di esercizio del potere di avocazione.

Abstract: The paper concerns the role of the Sports Attorney General Office (Procura Generale dello Sport), a recently established Sports Justice body. In the polycentric Sports Justice system, it operates together with the Federal Prosecutor's Office (Procura federale) in an additional and functionally conditional way. In accordance with the relevant provisions, it is involved in supervising the prosecuting and requester activities of Federal Prosecutor's Office, and in requiring functions related to Sports Guarantee Committee. The reasons for the body establishment are remarkable, but some relevant critical implications are related to potential conflict of competence with the Federal Prosecutor's Office, also in consideration of the short regulation on power of avocation.

Parole chiave: Ordinamento Sportivo – Procura generale dello Sport – Procure Federali-Collegio di Garanzia dello Sport – potere di avocazione.

Key words: Sports Legal System – Sports Attorney General Office – Federal Prosecutor's Office – Sports Guarantee Committee – power of avocation.

L'EMERGENZA SANITARIA “GUARISCE” LO STATO SOCIALE DAI CONDIZIONAMENTI ECONOMICI E FINANZIARI? *

di Anna Maria Nico **

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il ritorno alla garanzia dei diritti sociali. – 3. Lo Stato sociale svelato tra povertà e diseguaglianze. – 4. Una ulteriore conferma del difficile rapporto tra Stato e Regioni. – 5. L'Unione europea e la *solidarietà* solo formale. – 6. Il declino della globalizzazione.

112

1. Premessa.

In un mio scritto non molto risalente¹ avevo formulato alcune riflessioni sulla condizione di *salute* del nostro Stato sociale ed in particolare evidenziavo come i diversi limiti imposti dall'Unione europea e dai mercati finanziari globali avessero messo in discussione la fondamentale funzione dello Stato di garante dei diritti sociali, tanto da incidere sulla sua stessa natura².

Più nello specifico rilevavo come il diritto (costituzionale), che ha disegnato sulla *Carta* lo Stato sociale si è rivelato col tempo cedevole³ dinanzi a un modello economico di stampo liberista⁴ ed al cospetto della cosiddetta *società post-globale* la quale ha posto al vertice il mercato e il profitto “a detrimento del ruolo e del potere politico degli Stati nazionali con quel che ne è conseguito in termini di disoccupazione”⁵, facendo riemergere la povertà. In tal modo si è disegnato un diverso assetto degli equilibri tra diritto ed economia e mentre fino ad un certo momento il diritto ha governato l'economia, indirizzandone le scelte, una

* Il presente contributo è destinato al volume *L'Europa dei tre disincanti*. Liber Amicorum per *Giovanni Cocco*, a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso e R. Manfellotti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

** Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Bari “Aldo Moro”.

¹ Sia consentito il rinvio a A.M. Nico e G. Luchena, *Lo Stato sociale sub condizione quale esito delle politiche finanziarie: le “raccomandazioni” europee per l'inclusione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 249 ss.

² Su tale aspetto ampiamente F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016 e Id., *L'Unione europea e il declino dell'ordine neoliberale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2018.

³ I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, p. 4.

⁴ Sul tema, v. A. Cantaro, *Il ritorno dello Stato nella deglobalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, p. 11 ss.

⁵ A.L. Valvo, *Crisi europea e cosmopolitismo post-globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 253.

totale inversione di tendenza ha capovolto il precedente ordine e il diritto è stato posto al traino dell'economia.

Ciò, in sostanza, ha determinato una riconsiderazione dello Stato sociale nella sua fondamentale funzione di garante dei diritti sociali e dei diritti fondamentali⁶ tanto da incidere sulla sua stessa *natura* e sulla sua stessa *ratio*, laddove si convenga che i diritti sociali sono nati allo scopo di elidere i conflitti della comunità⁷ e che abbassare la soglia di attuazione dei medesimi significa, in sostanza, riaccendere la miccia del sopito conflitto. Se, infatti, non vengono preservati i diritti sociali nei momenti di *crisi*, l'eguaglianza sostanziale è il primo principio costituzionale che perde di effettività e con esso la tenuta dello Stato.

Ed invece, e non senza una nota di paradosso, “le risorse finanziarie diminuiscono, o sono minori, o scarse, proprio, e quasi naturalmente, nei riguardi dei diritti sociali, che, invece, proprio nel rispetto dei principi costituzionali [...] dovrebbero essere protetti per primi”⁸, in quanto il loro sacrificio incide sulla “pari dignità sociale” che risulta in tal modo lontana dall'essere realizzata, causando una maggiore apertura della forbice della diseguaglianza con intuibili conseguenze sulla dignità di ogni singolo individuo e, altresì, perché incide più diffusamente su una cerchia più estesa di *società*.

Ebbene i recenti eventi della pandemia da Covid 19 hanno posto ancora più in risalto alcune già evidenti problematiche che da tempo affliggevano l'organizzazione dello Stato, alcune delle quali sono da ricondurre al nodo irrisolto del riparto di competenza tra Stato, Regioni e enti locali, le altre ai rapporti con l'Unione europea⁹ e le altre, infine, al fenomeno della globalizzazione. Una riflessione d'insieme che, a ben vedere, mette in luce le criticità dell'organizzazione statale¹⁰ e al contempo apre prospettive di ricadute *positive* che finora non erano nemmeno ipotizzabili. In buona sostanza trova un'inattesa attualità per i sostenitori delle *privatizzazioni* dei settori pubblici strategici la riscoperta, invece, del fondamentale compito assegnato al legislatore di intervenire per *salvare* i diritti sociali¹¹,

⁶ C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

⁷ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 5.

⁸ F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”) della Costituzione*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2013, p. 3.

⁹ G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

¹⁰ A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta on line*, 6 aprile 2020, p. 211.

¹¹ Di recente, G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal covid-19*, in Questionegiustizia.it, 27 marzo 2020.

ottemperando all'obbligo della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale come sancito dalla Costituzione, con un conseguente rientro dalla *finestra* dello Stato imprenditore.

2. Il ritorno alla garanzia dei diritti sociali.

L'indagine che si svolgerà in cinque sintetici punti prende avvio da quella che potrebbe definirsi la questione madre delle altre, ovvero il tipo di soluzione che lo Stato ha attuato innanzi al sempre più crescente debito pubblico. È a tutti noto come le regole in tema di bilancio pubblico hanno imposto una riduzione della spesa pubblica che consentisse il rispetto dell'equilibrio di bilancio previsto dall'art. 81 della Costituzione. Ciò ha comportato la necessità della riduzione del debito pubblico, da un lato, aumentando il prelievo tributario, dall'altro, effettuando i tagli sulla spesa¹². Questi ultimi, tuttavia, sebbene dovessero mirare ad “eliminare le spese inutili”, in realtà si sono concretizzati in “brutali e indiscriminati tagli lineari, che [hanno fatto] a pezzi i servizi pubblici a partire da quelli più “costosi”, *in primis* istruzione e sanità”¹³. Le conseguenze di quanto fatto nei due settori citati era già evidente da tempo, tuttavia l'emergenza sanitaria ha messo ancora più in mostra quanto l'indiscriminata riduzione degli investimenti in settori primari dello Stato potesse incidere negativamente sulla comunità. Da decenni, infatti, veniva *denunciato* da attenta dottrina come la riduzione sempre più crescente degli investimenti sui diritti sociali a causa della crisi economica non sarebbe stata la soluzione, ma, al contrario, avrebbe inciso pesantemente sulla coesione sociale con effetti ancora peggiori sulla crisi¹⁴. Non che tali critiche non tenessero conto che i diritti sociali sono quelli più *costosi* per lo Stato, tuttavia facevano vedere l'altra faccia della medaglia ovvero che proprio i settori che *costano* costituiscono una spinta per la crescita di uno Stato. In sostanza, si metteva in risalto come solo una visione a corto raggio potesse ritenere di sacrificare i diritti sociali sulla pira dell'efficienza dell'apparato pubblico basato sulla sola riduzione delle spese. Laddove, invece, l'efficienza andava attuata semplificando l'azione

¹² Cfr. C. Buzzacchi, «Capacità contributiva» e «progressività» alla prova dell'equilibrio di bilancio, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017, p. 3 ss.

¹³ Così C. Bergonzini, G. Luchena, *Le tasse non sono per tutti*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 24.

¹⁴ *Ex multis*, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., p. 6.

amministrativa attraverso gli investimenti nella digitalizzazione a discapito della obsoleta burocrazia. Ed invece, fino a quando la pandemia da Coronavirus non è emersa, la tendenza è stata quella di procedere per tagli lineari sulla spesa pubblica. A differenza di altri Stati europei, indubbiamente economicamente più forti, l'Italia ha investito sempre meno nella sanità, nella istruzione (scuola e università) e nella ricerca e gli effetti della riduzione degli investimenti in tali settori sono emersi nella loro prepotenza dinanzi alla pandemia. Tutti ambiti *strategici* strettamente connessi tra di loro. È noto, infatti, che non può esserci ricerca senza università, università senza scuola, ricerca senza sanità e cure mediche senza ricerca. Una filiera circolare che si nutre di ogni sua parte o muore in ogni sua parte. Rifinanziare lo stato sociale nel senso di reinvestire in quei settori largamente depauperati dal neoliberalismo e dalla crisi economica costituisce una delle prime prospettive che questa inaspettata esperienza propone¹⁵.

3. Lo Stato sociale svelato tra povertà e diseguaglianze.

Un altro punto di osservazione anche solo limitato allo Stato-nazione (che non esclude una visione mondiale) fa emergere sempre più un progressivo ed esponenziale aumento delle diseguaglianze con un livello crescente della percentuale di persone considerate povere. La pandemia ha portato in superficie una delle questioni sociali che negli ultimi decenni andava sempre più radicandosi, appunto quella della povertà, in seguito al sempre più crescente arretramento dello Stato sociale che ha reso sempre più ampia la porzione della povertà. In sintesi, attraverso alcune riforme ispirate al modello economico neoliberale, le garanzie dei c.d. diritti dei poveri (diritto all'abitazione, diritto al cibo) e, soprattutto, il diritto ad un sostentamento minimo per assicurare la dignità della persona, fulcro del tanto invocato *Stato sociale*, hanno subito un tale ridimensionamento da snaturarne il modello sociale, rendendo così non operativa la funzione costituzionale finalizzata alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale¹⁶.

La povertà o meglio le povertà¹⁷ sono venute prepotentemente alla luce nella contingenza

¹⁵ M. Ainis, *Ma quanto è asociale questo Stato*, in *Venerdì La Repubblica*, 3.4.2020, p. 40 ss.

¹⁶ Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2019, declina la povertà nelle sue diverse forme e manifestazioni, non limitandosi a quella economica la quale è una povertà tra le povertà.

¹⁷ Per Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, cit., 24, “sono proprio gli aggettivi usati dal secondo comma dell’art. 3 (poco sopra enfatizzati) ad esprimere, ad un tempo, la preoccupazione e la volontà della Costituzione

della crisi¹⁸, tanto che in tale contingenza è emerso un dato a dir poco paradossale e cioè che il lavoro occasionale non dichiarato, consistente in prestazioni sporadiche (piccoli lavori, prevalentemente di carattere manutentivo), costituiva una sorta di rete di solidarietà sociale¹⁹ estranea a quella statale.

Infatti, durante l'emergenza sanitaria più acuta (c.d. *lockdown* totale) uno dei motivi che rendeva possibile l'allontanamento dal proprio domicilio era quello legato allo svolgimento dell'attività lavorativa. Le prestazioni di lavoro non dichiarate, quindi, sono state automaticamente cancellate dalle misure emergenziali. In tal modo, è emerso che se in una situazione non emergenziale era stata gridata a gran voce la necessità di contrastare tale fenomeno perché sfuggiva al controllo dello Stato in termini di sicurezza per i lavoratori, di tutela previdenziale e di evasione fiscale, ciò che invece si è palesato è stato che, nella sua drammaticità, il c.d. lavoro non dichiarato – che per i lavoratori si traduce in poco danaro necessario solo per soddisfare i bisogni primari propri e della famiglia – ha costituito il surrogato di un *welfare* schiacciato dal neoliberismo. In altre parole, si è svelato uno Stato che nulla a che vedere con quello che la Costituzione aveva indicato nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, basato sull'eguaglianza sostanziale, bensì uno Stato che ha condizionato i diritti sociali alle risorse disponibili, sostanzialmente facendo prevalere il primo comma dell'art. 3 sul secondo, e riducendo la Costituzione repubblicana ad un insieme di norme di natura *programmatica*, per ritornare alle tesi dottrinarie che per molti decenni dopo la sua entrata in vigore operavano un distinguo tra queste e quelle precettive.

4. Una ulteriore conferma del difficile rapporto tra Stato e Regioni.

Non che non si sapesse già prima, tuttavia la situazione di emergenza ha accentuato i problemi insiti nella riforma costituzionale del titolo V, parte II, della Costituzione del 2001

di assicurare qualcosa di concreto, di reale, che vada oltre l'astratto riconoscimento di un diritto, di una facoltà, di una aspirazione. Perché in non poche occasioni l'individuo si imbatte in barriere insormontabili, che gli precludono un'autentica e piena realizzazione delle proprie inclinazioni e dei propri progetti esistenziali”.

¹⁸ Cfr. I. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 138.

¹⁹ Secondo Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, cit., 14, si tratta di “una solidarietà sociale, che riguarda i rapporti tra consociati come membri della stessa comunità”.

connessi alla competenza dello Stato e delle Regioni, nonostante già negli anni la Corte costituzionale fosse intervenuta per chiarire e delimitare più chiaramente tali profili.

La situazione pandemica, tuttavia, ha aperto scenari nuovi che si sono inseriti su vecchie e insolite questioni. Oltre a quanto già ampiamente evidenziato dalla dottrina soprattutto in relazione alle fonti del diritto²⁰ e alle limitazioni delle libertà anche nella prospettiva dei rapporti Stato e Regioni²¹, un aspetto, anch'esso non esente da indagine, è quello relativo alla necessità che nella emergenza sanitaria lo Stato potesse, o dovesse, ricorrere ad adottare provvedimenti che rendessero uniformi le misure di tutela della salute nell'intero territorio nazionale e, conseguentemente, *limitare* la potestà normativa regionale al fine di salvaguardare l'unità e la sicurezza nazionale.

Le alternative a cui lo Stato poteva fare appello erano essenzialmente due: fare ricorso all'istituto previsto dall'art. 120, comma 2, della Costituzione, che disciplina il potere sostitutivo straordinario del Governo nei confronti delle Regioni e degli enti locali oppure avvalersi della propria competenza esclusiva nella materia della profilassi internazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. q).

Sebbene sia ancora controverso in dottrina se il potere sostitutivo del Governo previsto dall'art. 120 della Costituzione debba essere limitato a quello amministrativo, senza possibilità di estenderlo a quello legislativo, rimane il fatto che l'unico caso in cui si è avuta l'applicazione dell'art. 120, comma 2, della Costituzione è stato nell'ambito della potestà legislativa regionale. Si allude al decreto legge 31 luglio 2020, n. 86, convertito con legge 7 agosto 2020, n. 98, avente ad oggetto *Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario* con il quale il Governo ha esercitato il potere sostitutivo nei confronti della Regione Puglia. Si è trattato, come è stato evidenziato, del “sorprendente” primo utilizzo dell'art. 120, comma 2, Cost., di fronte a una omissione legislativa²² «al fine di assicurare il pieno esercizio dei diritti politici e

²⁰ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

²¹ 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.

²² Così 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 *Federalismi.it*, n. 25/2020, p. 9. La questione è stata oggetto di numerosi commenti, *ex multis* cfr. F. Covino, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2020, p. 25 ss.; 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 *Federalismi.it*, n. 25/2020; M. Cosulich, *Ex malo bonum? Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza nelle elezioni regionali pugliesi*, in *Federalismi.it*, n. 25/2020; M. Di Folco, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della Regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1192 ss.; R. Dickmann, *L'esercizio del*

l'unità giuridica della Repubblica» (art. 1, comma 2, del 31 luglio 2020, n. 86).

Al di là della specifica fattispecie, un dato certo è che il potere sostitutivo di cui all'art. 120, II comma, utilizzato per surrogare la potestà legislativa regionale in materia elettorale, non ha avuto applicazione nell'emergenza sanitaria²³. Ugualmente lo Stato non ha fatto ricorso alla propria competenza esclusiva nella materia della profilassi internazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. q)²⁴.

A tal proposito deve premettersi che lo stato emergenziale dichiarato con il decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6 e quindi prima dell'adozione dei numerosi DPCM, ha lasciato un ampio spazio alle Regioni e ai Sindaci nell'emanare provvedimenti contingibili e urgenti; in tal modo si è avuto non solo un susseguirsi di contrasti tra il centro e la periferia, ma, come se non bastasse, anche un massiccio intervento del giudice amministrativo²⁵ e del giudice costituzionale²⁶.

Orbene, alla luce delle considerazioni che precedono in ordine agli strumenti offerti dalla Costituzione al Governo o allo Stato per una uniformità decisionale sul territorio nazionale e garantire in tal modo il rispetto del principio di unità e indivisibilità della Repubblica, lo Stato avrebbe dovuto, in ragione della tutela della salute in uno stato d'emergenza sanitaria,

potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 ottobre 2020; D. Casanova, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto-legge n. 86 del 2020*, in *Nomos*, n. 3/2020; S. Bissaro, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del Governo ex art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in *Ricista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, p. 44 ss.; L. Trucco, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della Regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, in *Quad. cost.*, 2020, 605 ss.

²³ T. Groppi, *Op. ult. cit.*, p. 9 ss.

²⁴ Cfr. E. Catelani, *Il rapporto fra Stato e Regioni al tempo del coronavirus: una premessa*, in *L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni. Forum sull'emergenza*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 3 ss.

²⁵ In particolare sul tema della scuola le decisioni dei giudici amministrativi sono state molteplici in ragione delle differenti decisioni assunte dalle Regioni. Si tratta di decisioni che, nella prevalenza, hanno ritenuto illegittimi i provvedimenti regionali. Cfr. T.A.R. Campania, sez. V, decreto 22.1.2021, n. 153; T.A.R. Campania, sez. V, decreto 20.1.2021, n. 142; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, decreto 15.1.2021, n. 30; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, decreto 15.1.2021, n. 7; T.A.R. Lombardia, sez. I, decreto 13.1.2021, n. 32; T.A.R. Calabria, sez. I, sent. 16.1.2020, n. 2075; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, decreto 6.11.2020, n. 680; *contra*, T.A.R. Veneto, decreto 21.1.2021, n. 30.

²⁶ Cfr. la recente e interessante ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021 con la quale è stata sospesa l'efficacia della legge regionale n. 11 del 2020 della Valle d'Aosta, atteso «che la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.; che sussiste altresì «il rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico» nonché «il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini» (art. 35 della legge n. 87 del 1953); che difatti la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate; che le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione».

fino ad ora mai conosciuta, fare ricorso a tutti gli strumenti giuridici necessari per assicurare una uniformità di trattamento nell'intero territorio nazionale attraverso un decisionismo centralizzato²⁷. Le ragioni per le quali vi è stato un susseguirsi di passi in avanti e altrettanti passi indietro da parte degli organi decisionali centrali che hanno determinato una indiscussa incertezza normativa, possono essere molteplici se si considera la forbice nella quale il Governo esercita la propria azione. Si può spaziare dai cronici problemi legati alla crisi della democrazia rappresentativa²⁸, alla crisi dei partiti, che ha determinato la deresponsabilizzazione della classe politica, e alla crisi della legge²⁹.

Non potendo in questa sede soffermarsi su tali tematiche e circoscrivendo l'analisi soltanto all'osservazione dei fatti anche rispetto a quanto accaduto con la recente crisi di Governo, concretizzatasi il 26 gennaio 2021 con le dimissioni del Presidente del Consiglio, verrebbe da ipotizzare che un'azione di governo *decisa* ed unitaria avrebbe concentrato la responsabilità delle scelte solo in capo al Governo (il quale, peraltro, non ha condiviso la propria azione con il Parlamento come, invece, impone la forma di governo parlamentare). Invece, attraverso un'azione che ha di fatto lasciato *libere* le Regioni di assumere decisioni autonome in emergenza sanitaria, sulla istruzione e così via, si è realizzata una frammentazione della responsabilità tra centro e periferia. L'esercizio di poteri unitari dello Stato, previo coordinamento con le Regioni, avrebbe evitato il proliferare di ordinanze regionali, sindacali ecc., conseguenti azioni giudiziarie e, soprattutto, non avrebbe inciso sulla certezza del diritto e sulla stessa *sicurezza* della comunità³⁰.

²⁷ A tal proposito G. Rivosecchi, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e Regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del coronavirus*, in *Dir. reg.*, n. 3/2020, p. 637 ss.; C. Luzzi, *L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni. Forum sull'emergenza*, in *Rivista del gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 13.

²⁸ Per un approfondimento sulla crisi della democrazia e le sue conseguenze cfr. A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

²⁹ Si rinvia al recente studio di A. Ruggeri, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta on line*, 25 gennaio 2021, p. 124, in part. P. 132 ss.

³⁰ Secondo A. Ruggeri, *Op. ult. cit.*, 142, "È di cruciale rilievo per l'ottimale funzionalità del modello qui tratteggiato unicamente nei suoi lineamenti essenziali che il sistema cui esso si riferisce risulta dotato di una struttura solida e flessibile allo stesso tempo, di modo che in situazioni di fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali, quali si hanno nel 'tempo ordinario' – come lo si è altrove chiamato – si tenga ferma la massima distribuzione della sovranità suddetta, ammettendosi nondimeno, per esplicita previsione costituzionale, la eventualità che in situazioni di emergenza (caratterizzanti il 'tempo straordinario') quote significative di sovranità si spostino in capo all'apparato centrale dello Stato (e, segnatamente, al Governo ed ai suoi componenti) a presidio della identità e continuità dell'ordinamento nel tempo messa a rischio da eventi eccezionali di inusitata gravità, vale a dire a garanzia proprio di quel modello di distribuzione massima della sovranità che, una volta tornato lo stato di quiete (il 'tempo ordinario'), dà la cifra identificante dell'ordinamento stesso.

5. L'Unione europea e la *solidarietà* solo formale.

L'emergenza sanitaria, almeno nella prima fase, ha messo in luce con più evidenza i complessi rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea. In tale contesto le istituzioni europee hanno dimostrato ancora una volta un limitatissimo interesse per i problemi che coinvolgono i singoli Stati. In questa analisi, seppur breve, non deve perdersi di vista o dimenticare la prima fase della diffusione del virus e cioè quando lo Stato coinvolto appariva solo quello italiano. L'Unione europea, dimenticando il principio solidaristico di cui all'art. 3 del TUE sul quale si fonda la coesione tra gli Stati, ha non solo ignorato l'allarme sanitario che i medici e i ricercatori italiani avevano lanciato, bensì ha ancora di più peggiorato la situazione economica dell'Italia proprio mentre venivano applicate le misure di chiusura totale delle attività a causa del Coronavirus³¹. Si fa riferimento, nello specifico, alla dichiarazione resa dalla Presidente della Banca Centrale, Christine Lagarde, il 12 marzo 2020 secondo la quale il compito della BCE non è "quello di ridurre lo spread"³². In tale occasione si rese necessario l'intervento del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, il quale in una sua nota dello stesso giorno ebbe a precisare e a ricordare alle istituzioni europee che "l'Italia sta attraversando una condizione difficile e la sua esperienza di contrasto alla diffusione del coronavirus sarà probabilmente utile per tutti i Paesi dell'Unione Europea. Si attendono quindi, a buon diritto, quanto meno nel comune interesse, *iniziative di solidarietà* e non mosse che possono ostacolarne l'azione"³³. Iniziative di solidarietà che fino a quel momento non vi erano state perché la diffusione della malattia sembrava circoscritta alla sola Italia. La situazione, come noto, è poi mutata perché gli eventi sopravvenuti quali la diffusione della malattia in tutta Europa e le medesime difficoltà sanitarie nell'intero territorio europeo, hanno di fatto determinato una sorta di solidarietà *indotta*.

I comportamenti assunti in tale circostanza da alcune istituzioni europee hanno indotto,

³¹ In tale circostanza si è reso ancora più evidente quello che G. Cocco, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. Dir.*, 2000, p. 85, ha definito il primo disincanto dell'Europa. Secondo l'Autore, infatti, "non risponde al vero che la sovranità attraverso il meccanismo della sua cessione ad un organo intergovernativo di indirizzo politico a livello europeo resti ancora sostanzialmente nelle mani di *tutti* i governi nazionali. Essa, in termini effettivi, si depaupera per i paesi che contano di meno e si incrementa per quelli che pesano di più".

³² Dichiarazione resa durante una conferenza Stampa a Francoforte, 13 marzo 2020 BCE che testualmente si riporta: "Non siamo qui per ridurre gli spread. Non è la missione della Bce, ci sono altri strumenti e altre istituzioni incaricate di farlo".

³³ Reperibile su www.quirinale.it.

come conseguenza, l'emersione di un aspetto che già si constatava da tempo e che è stato efficacemente riassunto nella seguente frase: "Al momento, colpisce il grande vuoto nel quale i vecchi Stati continuano a muoversi, restando gli unici punti di riferimento, benché limitati e quasi impotenti, di fronte al piccolissimo, agilissimo virus"³⁴. La solitudine degli Stati quale esito della mancanza di solidarietà, le difficoltà non condivise, anche se comuni agli altri Stati europei e del mondo, ha sicuramente acuito il senso di appartenenza della comunità al proprio Stato ed ha certamente allontanato in maniera direttamente proporzionale i cittadini europei dalle sue istituzioni. Una esperienza, come già detto, non nuova. Si fa riferimento a quella già vissuta dall'Italia con il fenomeno migratorio che l'Unione europea non ha condiviso in maniera attiva, nonostante la previsione di cui all'art. 80 del TFEU. La speranza che l'Unione potesse essere più coesa dinanzi all'invisibilità del virus era augurabile. Anche in questo caso, la *solitudine* è stato il dato più evidente tant'è che alla sfiducia nei confronti delle istituzioni europee si è andato a contrapporre un crescente aumento di fiducia nei confronti delle istituzioni nazionali. Un fenomeno, quest'ultimo, che non deve essere confuso, però, in una ritrovata e auspicabile fiducia nella *politica* trainata da una riscoperta della partecipazione democratica dei cittadini alla vita politica del Paese, bensì va esclusivamente ricondotto alla situazione di incertezza e di paura nella quale versa la comunità e la Nazione, per cui i suoi simboli e le sue istituzioni diventano un significativo punto di riferimento.

6. Il declino della globalizzazione.

Da ultimo, anche i limiti della globalizzazione sono diventati evidenti. Certo, alcune disfunzioni generate dalla globalizzazione erano ben note già prima³⁵, ma non v'è dubbio che il Covid abbia acceso un vero e proprio faro sulle fragilità delle politiche sociali esistenti negli Stati, avendo il virus toccato il bene più *fondamentale* per la persona umana: la salute e, di conseguenza, la stessa vita dei consociati³⁶. Nelle brevi riflessioni che

³⁴ T. Groppi, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta on line*, 30 marzo 2020, p. 195.

³⁵ Su tutte, per ciò che in particolare riguarda il diritto costituzionale, la "deterritorializzazione delle forme del potere e del dominio". Così G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 135.

³⁶ Non a caso, la stessa Costituzione italiana definisce la «salute» come «diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività». Unico caso in cui la Carta repubblicana, a proposito dei diritti, utilizza il termine «fondamentale». Cfr. G. Scaccia, *Articolo 32*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana*.

seguono il termine *globalizzazione* è utilizzato in senso ampio, per indicare, come è stato efficacemente sintetizzato, “un groviglio spesso inestricabile di mutamenti politici, economici e sociali che investono alcuni dei capisaldi del costituzionalismo moderno: il ruolo dello Stato e, in particolare, di talune sue funzioni nel governo dell’economia, nella redistribuzione sociale; il valore del territorio quale elemento costitutivo dello Stato; la perdita di sovranità in relazione a settori strategici della vita economia e politica”³⁷. Si tratta di un fenomeno assai complesso che, com’è noto, si è sviluppato in fasi storiche assai distanti fra loro³⁸ e che non si riduce solamente in un concetto dai molteplici e irriducibili aspetti teorici³⁹. Piuttosto, ciò che storicamente s’è fatto «globale» sembra pur sempre in qualche modo avere a che fare con il progredire di due tipiche condizioni di natura economica, fra loro interconnesse: l’espansione dei mercati e l’intensificarsi dei processi di delocalizzazione produttiva⁴⁰.

Alcune problematiche ingenerate dalla globalizzazione, si vuol dire, sembrano pressoché riconducibili all’indebolirsi dei legami tra “sfera della produzione economica» e «controllo statale del territorio”⁴¹. La prevalenza assunta dai mercati sugli Stati ha generato, all’interno di questi ultimi, questioni costituzionali che impongono una serie di riflessioni sugli effetti distorsivi derivanti dalla *mondializzazione* dell’economia⁴². Basti pensare all’aumento delle disuguaglianze all’interno degli Stati e alla quasi scomparsa del ceto

Commento articolo per articolo, Vol. I, *Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 214 ss.

³⁷ Così A. Poggi, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Mucchi, Modena, 2020, p. 47.

³⁸ Non solo, infatti, la globalizzazione può investire vari ambiti (economico, tecnico, culturale, finanziario, dei trasporti, delle telecomunicazioni, dell’ambiente, etc.), ma di fatto non mette neppure d’accordo gli studiosi sulle origini di tale fenomeno. E così, ad esempio, mentre per alcuni la sua genesi risalirebbe all’epoca moderna, in particolare alla Rivoluzione industriale (cfr. T. Piketty, *Disuguaglianze*, UBE, Milano, 2014, p. 35 ss.), altri fanno risalire il fenomeno al tempo degli imperi coloniali del XVI secolo (così J. Wallerstein, *Alla scoperta del sistema-mondo*, Roma, 2003, p. 10 ss.).

³⁹ Su cui riflette molto bene, già, A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002, spec. p. 328 ss.

⁴⁰ Da ultimo, sembra convergere su tali postulati, A. Poggi, *Oltre la globalizzazione*, cit., pp. 13-14, a parere della quale la globalizzazione è tutt’altro che un mero “costrutto teorico”. Dietro tale espressione, infatti, v’è “quella realtà continuamente mutevole che si chiama mercato e che tende inevitabilmente a spostare le produzioni dove minore è il costo della manodopera e, oggi, ad utilizzare le nuove tecnologie dove rendono di più”.

⁴¹ In argomento, L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 5 ss.; e, *ivi*, C. Salazar, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, 2.8.2017, 6 ss.; G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità e globalizzazione dello spazio economico*, p. 23 ss. Inoltre, si vedano anche i contributi di P. Bilancia, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Federalismi.it Focus Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, n. 5/2019 e, *ivi*, G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle ‘nazionalizzazioni’ tra dettato costituzionale e principi europei*; S. Staiano, *Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*.

⁴² Sul punto, si veda U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002, p. 14 ss.

medio in molte realtà europee e nord-americane⁴³.

E così, ad un anno dall'esplosione dell'emergenza pandemica, appaiono ancora più visibili gli effetti perniciosi derivanti da mercati privi di efficaci regolamentazioni, che producono beni di ogni tipo (dunque, anche primari) fuori dai confini nazionali⁴⁴.

Aver delocalizzato, se non completamente dismesso, attività afferenti alla produzione di ventilatori polmonari, reagenti per i test, gel disinfettanti e, persino, mascherine verso Paesi come la Cina⁴⁵, ha creato un'eccessiva dipendenza da questi ultimi. Con il risultato che Stati *committenti* come il nostro, i quali hanno ridotto o finanche totalmente dismesso la produzione di materiale medico-sanitario, si sono poi trovati in piena emergenza pandemica a non disporre delle necessarie attrezzature idonee a farvi fronte⁴⁶.

Ecco che allora appare indispensabile quantomeno trovare un equilibrio tra dimensione mondiale degli attori economici e contesto territoriale delle economie statali⁴⁷. Quel che si vuol dire è che, sul piano costituzionale, gli effetti della globalizzazione economica intanto appaiono accettabili in quanto consentano un certo grado di autosufficienza della produzione interna, capace di assicurare perlomeno i beni primari alle economie nazionali. Diversamente, il rischio è quello di privare a tal punto gli Stati dell'attributo della sovranità economica⁴⁸, che gli stessi potrebbero divenire incapaci di “mitigare le ansie su lavoro, guadagno e sicurezza” avvertite, sempre di più, dai cittadini⁴⁹.

In un tale scenario, sembra allora doversi salutare con favore il *back reshoring* di molte aziende europee, le quali, stando ai dati forniti da un recente studio di *Eurofound*, stanno

⁴³ Cfr. L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2000, spec. p. 99 ss.

⁴⁴ Sulla necessaria «forma spaziale» del diritto, N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 143 ss.

⁴⁵ Con cui notoriamente da ultimo (il 30 dicembre 2020) l'Unione europea ha siglato un accordo commerciale dal valore di circa 560 miliardi di euro. In pratica, per le imprese europee dovrebbe essere più semplice accedere al mercato asiatico e viceversa. I settori in cui l'Ue si è assicurata condizioni di accesso più favorevoli includono proprio quello sanitario, oltre che quello automobilistico, *cloud computing* e servizi ausiliari per il trasporto aereo. Sarà più semplice anche la costituzione di *joint venture* tra imprese europee e cinesi, nonché il possesso di azioni di società cinesi da parte di soggetti europei. Al momento non sono ancora noti i dettagli dell'intesa, la quale dovrà comunque essere ratificata dai governi europei e dal Parlamento europeo entro il 2023.

⁴⁶ Come noto, a marzo dello scorso anno, lo stesso Capo del Dipartimento della Protezione Civile, vista la mancanza di respiratori e mascherine finanche per i medici, ha fatto appello agli imprenditori italiani chiedendo una riconversione della produzione in alcune fabbriche. Cfr. il seguente indirizzo: <http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/interventi-straordinari-emergenza>.

⁴⁷ Esigenza da tempo invocata tanto da J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2003, p. 11 ss., quanto da A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000, p. 19 ss.

⁴⁸ Non è mai semplice occuparsi del concetto di *sovranità*. Soprattutto, dei suoi risvolti pratici. Non potendo in questa sede citare intere biblioteche, si rinvia al recente studio di M.R. Ferrarese, *Percorsi della sovranità. Aggirandosi tra varie definizioni e sfaccettature*, in *Nomos*, n. 2/2019.

⁴⁹ In tal senso, in un recente contributo, F. Fukuyama, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Utet, Milano, 2019, da cui è tratta la citazione (p. 192).

tornando a produrre nel Paese di origine, nonostante i costi maggiori. Appare ancora poco, ma il risultato è stato quello che, nel solo triennio 2015-2018, la scelta di rilocalizzare la produzione ha creato in Europa quasi 13.000 nuovi posti di lavoro. Un segnale, questo, significativo su quanto le economie nazionali siano ancora in grado di generare autonomamente lavoro e ricchezza⁵⁰.

In fondo la globalizzazione ha origine negli Stati e in essi fa ritorno attraverso gli effetti che poi sprigiona a livello territoriale⁵¹. Ciò significa che accanto ai soggetti che operano nei mercati internazionali, gli Stati, in quanto anch'essi attori del fenomeno “glocale”⁵², mantengono un largo margine di scelta e azione in ambito economico-finanziario⁵³. Ben al di là di quel che sembra, si tratta allora di (ri)prendere seriamente in considerazione l'idea che sia possibile comprendere e governare realmente la globalizzazione, anche attraverso l'*architettura* dello “Stato nazionale”⁵⁴.

Forse ripartendo, proprio a cagione del Covid, dalle molte deficienze sistemiche messe in evidenza dalla pandemia. In un momento storico come questo – si pensi alle ingenti risorse economiche rese disponibili dal *Next Generation EU* – il primo luogo comune da evitare è *l'idea della morte dello Stato*. Perché anzi, come da tempo è stato detto, “proprio l'Europa rappresenta una possibilità nuova per lo Stato moderno» di rigenerarsi come «Stato europeo» costituzionalmente capace di affrontare, assieme agli altri ordinamenti, le sfide future⁵⁵. Se così è, il *de profundis* per lo Stato e la sua sovranità “suona alquanto prematuro”⁵⁶.

Abstract: Alla luce degli eventi derivanti dalla pandemia il lavoro analizza le differenti problematiche che avevano modificato la struttura dello Stato sociale a causa dei condizionamenti economici e finanziari. In particolare, sono emerse ancora di più le criticità del riparto di competenza tra Stato e Regioni, del rapporto tra gli Stati e l'Unione

⁵⁰ Per un maggiore approfondimento dei dati economici, è possibile consultare lo studio al seguente indirizzo: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2019/reshoring-in-europe-overview-2015-2018>.

⁵¹ S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Mondadori, Milano, 2008, p. 2 ss.

⁵² Per utilizzare il noto neologismo “glocalization” coniato da Z. Bauman, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005.

⁵³ Come rileva S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 77 ss. Si veda, anche, A. Morelli, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta on line*, 12 marzo 2018.

⁵⁴ Cfr. S. Sassen, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁵⁵ Le citazioni sono di A. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Dedalo, Bari, 2005, p. 191.

⁵⁶ Come ammonisce M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 6.

europea e, infine, della globalizzazione. La diversa prospettiva offerta dal *Coronavirus* potrebbe portare ad un ritorno alla originaria impostazione dello Stato sociale.

Abstract: In the perspective of the events deriving from the pandemic, the paper examines the different problems that had changed the structure of the Welfare State due to economic and financial conditioning. In particular, the criticalities of the relationship between the State and the Regions and between the States and the European Union and, finally, of globalization have emerged even more evident. The different perspective offered by the Coronavirus could lead to a return to the original setting of the Welfare State.

Parole chiave: Stato sociale – globalizzazione – Unione europea – coronavirus – pandemia.

Key words: Welfare State – globalization – European Union – coronavirus – pandemic.

IN RICORDO DI GIANNI FERRARA.

di Claudio De Fiore^{**}

Con Gianni Ferrara scompare uno dei grandi protagonisti della storia del diritto italiano. Nato a Casal di Principe nel 1929, Ferrara trascorre la sua gioventù a Napoli dove, dopo aver conseguito la maturità classica al Liceo Umberto, si laurea in Giurisprudenza all'Università Federico II. Nell'Ateneo napoletano vi tornerà da professore ordinario per ricoprire la cattedra di diritto costituzionale che era stata di Alfonso Tesauro. Chiuderà la sua intensa attività universitaria, alle soglie del nuovo secolo, alla "Sapienza" di Roma dove aveva insegnato negli ultimi tempi.

Prima di accedere all'insegnamento universitario Ferrara era stato anche funzionario parlamentare: una postazione privilegiata per indagare da vicino il funzionamento delle Camere e studiare gli sviluppi della forma di governo. Da questa esperienza sarebbero scaturite due opere fondamentali destinate, negli anni a venire, ad orientare lo studio del diritto parlamentare: *Il rinvio della legge alle Camere prorogate* (1964) e *Il Presidente d'Assemblea* (1965).

Socialista, capo di gabinetto del vice-presidente del Consiglio Francesco De Martino nei primi anni settanta, Ferrara lasciò il partito all'indomani della svolta craxiana. Nel 1983 venne eletto alla Camera dei deputati come indipendente di sinistra (IX legislatura) e nel 1987 nelle liste del Partito comunista (X legislatura).

Nel corso della sua vita diritto e politica hanno sempre convissuto. Talvolta problematicamente. Ma senza mai disgiungersi del tutto. È attorno a questo binomio che è venuto progressivamente conformandosi il profilo culturale di uno studioso di straordinaria vivacità e intelligenza che con i suoi scritti e i suoi insegnamenti ha contribuito a rifondare la scienza giuridica italiana, affrancandola dai vincoli asfittici del *metodo*: uno schermo ermeneutico abilmente impiegato dalla scienza giuridica liberale per celare le forme del

^{**} Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania "L. Vanvitelli".

dominio sociale, le istanze di conservazione, la volontà del potere, perpetuate strumentalmente dal diritto. Per Ferrara alla base della dimensione giuridica non v'era, infatti, la norma astratta con i suoi connotati formali, ma i soggetti, la società, il conflitto. A squarciare questo velo di astrazione era stato il movimento operaio chiamato dalla storia a produrre e ridefinire le condizioni della propria egemonia nella società, penetrando nei Parlamenti, permeandone le istituzioni, condizionando gli esiti costituenti e gli sviluppi costituzionali. Un incontro quello tra movimento operaio e costituzionalismo destinato a segnare – secondo il Maestro - il momento più alto della civiltà giuridica.

Punto di condensazione di questo percorso di riflessione fu la sua opera *I comunisti e la democrazia. Gramsci, Togliatti, Berlinguer* (2017), un testo fondamentale soprattutto oggi viste le banalità e le deformazioni con le quali in questi mesi ci si ostina a discutere di Pci e democrazia costituzionale.

Ferrara è stato un militante della Costituzione. Un'opzione ideale, prima ancora che politica e giuridica, dalla quale sarebbe scaturito il suo inesauribile impegno a difesa del fondamento sociale della Repubblica, della democrazia parlamentare, del sistema dei diritti, della centralità della politica. Un assetto di principi e istituti messi duramente alla prova, già alla fine degli anni settanta, dall'offensiva neoconservatrice e dall'avanzata del neoliberalismo. Uno dei punti di ricaduta di queste tendenze sarebbe stato in Italia l'emersione del *revisionismo regressivo*: dalla riforma del titolo V (che Ferrara aveva definito un "monumento di insipienza politica e giuridica") all'introduzione in Costituzione del pareggio di bilancio.

Nel neoliberalismo e nell'insidioso affermarsi dei poteri tecnocratici Ferrara ha sempre intravisto una letale minaccia per le conquiste costituzionali del lavoro e per la rappresentanza democratica. Due aspetti intimamente connessi, la cui saldatura sul terreno costituzionale aveva, seppure per un breve spazio storico, trasformato il diritto in uno strumento di progresso sociale e di emancipazione delle classi subalterne.

Alle lotte degli ultimi per i diritti e per la "dignità sociale" Ferrara ha sempre partecipato con intensità e passione nel corso di tutta la sua vita, traendo da esse la lezione più alta e intensa di diritto costituzionale. L'unica che veramente conta. Perché – era solito ripetere – la sola "capace di pervadere un'intera vita". Uno dei volumi più noti di Ferrara (*L'altra riforma, nella Costituzione*, 2002) si apre con questa dedica: "Ai braccianti del Sud che, più di cinquant'anni fa, lottando assieme agli operai e ai contadini, mi rilevarono il

significato materiale della lotta per il diritto e mi insegnarono a comprendere e ad amare la Costituzione democratica e antifascista”.

Grazie Maestro, per non aver mai smesso di ricordarci che essere costituzionalisti non significa essere cortigiani del potere. E soprattutto per essere riuscito a trasmettere, anche con la Sua condotta di vita, questo insegnamento a tanti di noi. Farcene carico sarà il nostro principale impegno negli anni a venire.

IL DIRITTO D'ASILO TRA DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO, EUROPEO E DISCIPLINA INTERNAZIONALE*.

di Camilla Della Giustina**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Origini storiche e filosofiche. – 3. Richiedente asilo e rifugiato: due sinonimi? – 4. La regolamentazione italiana. – 4.1. La disciplina costituzionale. – 4.2. La normativa di attuazione. – 5. Diritto internazionale e diritto d'asilo: disciplina e tutela. – 6. La disciplina dell'Unione Europea. – 7. Conclusioni.

129

1. Introduzione.

Il diritto d'asilo possiede molteplici profili interessanti sia per la sua evoluzione storica, le cui origini “si perdono nella notte dei tempi”¹ sia per la rilevanza che lo stesso ha maturato nel diritto internazionale ed umanitario².

Nel momento in cui ci si approccia al diritto d'asilo ci si rapporta con una “materia di confine”³ che si trova collocata in mezzo a due poli opposti: la salvaguardia dell'ordine pubblico e il raggiungimento di scopi umanitari, tra ideali costituzionali⁴.

A partire dalle riflessioni appena esposte si cercherà di affrontare il diritto d'asilo adottando un approccio critico volto a evidenziare le problematiche che lo stesso incontra nella sua realizzazione e non solo da un punto di vista di diritto costituzionale italiano ma anche europeo ed internazionale.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Cultrice della materia in Diritto costituzionale – Università di Padova. Cultrice della materia per l'insegnamento in 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”).

¹ Loi n. 2018-778 du 10.9.2018 “Pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie”, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

² M. Giacomini, *Il diritto d'asilo al bivio tra delitto di solidarietà e il principio di fratellanza*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, n. 1-2/2019, pp. 33-48.

³ A. Sciarba, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 145.

⁴ G. Carcassonne, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne*, Essais, Éddu Seuil, 2013, pp. 355-356.

Per perseguire l'obiettivo appena esposto verranno indicate le coordinate storiche e filosofiche da cui trae origine questo istituto il quale, in un primo momento, non poteva essere qualificato come diritto ma come prerogativa statale.

Successivamente un paragrafo è dedicato all'analisi di due concetti: quello di asilo e quello di rifugiato. Precisamente la domanda di fondo che condurrà per tutto il paragrafo dedicato è se si tratta di due concetti sovrapponibili, inconciliabili oppure se tra i due sussista qualche forma di relazione e come questa si atteggi.

Concluse le problematiche definitorie si inizia ad analizzare il diritto d'asilo, che rappresenta il cuore pulsante di questo breve contributo, partendo dalla disciplina costituzionale italiana e quindi dall'art. 10, c. 3 Cost. per approdare alla regolamentazione internazionalistica ed infine del diritto dell'Unione europea.

Lo schema appena proposto riproduce l'intensità di tutela formale che risulta essere massima a un livello costituzionale italiano fino a divenire quasi inesistente da un punto di vista di diritto internazionale. In altri termini quello che si vuole evidenziare è che se ad un livello interno la maggiore concentrazione, a livello costituzionale-formale, concerne la necessità di fornire strumenti di tutela a tutti i soggetti stranieri a cui siano negati i diritti e le libertà sancite dalla Costituzione italiana a livello internazionale si assiste ad una configurazione del diritto d'asilo quale diritto dello Stato ad accordare protezione.

2. Origini storiche e filosofiche.

Il diritto d'asilo nacque come istituto religioso, la prima forma si rinviene nella cultura ellenistica nella quale l'istituto possiede connotati religiosi e sacrali oltre ad assolvere una funzione di collegamento tra il mondo soprannaturale e il soggetto richiedente. Nel momento in cui un soggetto entrava all'interno di un luogo sacro egli godeva della stessa protezione attribuita dalla divinità alla sede di culto e risultava essere destinatario di una immunità definibile come speciale⁵. In questi termini il concetto di asilo non può essere definito come diritto ma quale prerogativa statale che produce i propri effetti in uno spazio

⁵ G. Grifò, (voce) *Asilo (Diritto di) (diritti antichi)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 191-193.

definito e circoscritto all'interno del quale era ammessa una deroga al diritto comune⁶.

Successivamente il fenomeno dell'asilo rivestì caratteri giuspubblicistici al punto da venire istituzionalizzato attraverso l'adozione di norme restrittive dei soggetti beneficiari. In questa direzione la potestà di concessione di asilo venne gradualmente trasferita dall'autorità religiosa a quella temporale la quale risultava essere titolare della sovranità statale.

L'ordine giuridico romano apportò un'ulteriore restrizione all'istituto dell'asilo poiché quell'ordinamento non ammetteva l'apposizione di vincoli al potere legale nonché al valore, qualificato come supremo, dell'interesse pubblico. Il sistema giuridico romano era concepito come un sistema perfetto all'interno del quale non erano ammissibili zone franche idonee a non rendere effettiva l'esecuzione della giustizia. In questa concezione il rifugio era riconosciuto a coloro che volevano sottrarsi alle vendette private e, al tempo stesso, subire un processo regolare⁷.

Successivamente con l'avvento del cristianesimo l'asilo si trovò a vivere una fase storica di espansione al punto da divenire un diritto originario universale ed inalienabile che trova fondamento in una consuetudine inderogabile che trae origine, a sua volta, dal diritto divino e che quindi risulta essere prevalente sul diritto positivo. Nel diritto canonico l'asilo integra espressione di uno dei privilegi maggiormente importanti della Chiesa in quanto coincide con l'immunità riconosciuta al soggetto che si sia rifugiato in un luogo sacro quale indiziato da reato o colpito da qualche condanna⁸. Di conseguenza si può arrivare ad affermare come l'asilo religioso, nella sua forma risalente, è una modalità di protezione riconosciuta ad un soggetto privato ed integra una deroga all'esercizio dei poteri di repressione penale⁹.

A seguito dell'affermazione e del consolidamento del potere temporale della Chiesa in Europa, dopo la caduta dell'Impero Romano d'Occidente, il diritto d'asilo diviene simbolo

⁶ F. Cappelletti, *Dalla legge di Dio alla Legge dello Stato*, in B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti (a cura di) *Il diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, p. 6.

⁷ F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani, L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 13.

⁸ P. Caron, *Asilo. Diritto canonico e diritto pubblico statale, medioevale e moderno*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, parte 2, Utet, Torino, 1968, p. 1038.

⁹ F. Francioni, *Asilo diplomatico. Contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 2. Il significato dell'istituto nei termini appena esposti è il seguente: la protezione dei luoghi sacri perseguiva un duplice scopo, ossia, consentiva di sottrarre il rifugiato alla giustizia terrena, definita come fallibile, e, allo stesso tempo, di condurre il fuggitivo alla via del pentimento e della salvezza eterna. G. Vismara, (voce) *Asilo (Diritto di)*, *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 198.

della *libertas ecclesiae* in opposizione al potere temporale; in questo modo la Chiesa dimostra la sua volontà di affermare il proprio ruolo nei confronti dell'autorità statale oltre all'intenzione di estendere la propria egemonia.

Un aspetto storico importante in tema di diritto d'asilo viene fatto coincidere con la Riforma luterana (1517): a partire da questo momento l'asilo viene nuovamente concepito come necessità sociale e venne concesso quale protezione dalle persecuzioni a sfondo religioso.

L'istituto dell'asilo risultò essere di fondamentale importanza nello sviluppo economico di molti Paesi sia europei sia del continente americano¹⁰. È stato evidenziato, infatti, come la pratica di offrire protezione a coloro i quali fuggivano dal Paese di origine ha portato con sé diversi vantaggi agli Stati di accoglienza in termine di beneficio di forza lavoro e conoscenze tecniche appartenenti alla cultura degli stranieri. In questa prospettiva l'asilo diviene il mezzo non solo per affermare il diritto alla vita dei rifugiati ma anche per garantire e tutelare la libertà di espressione e di pensiero¹¹.

Nel momento in cui si assiste all'affermazione degli Stati nazionali si realizza una ulteriore problematica all'attuazione concreta dell'asilo religioso e all'utilizzo di questo istituto da parte della Chiesa per difendere poteri e prerogative proprie nei confronti di quelli esercitati dal potere statale. Nel XVIII secolo si assiste quindi alla soppressione completa dell'asilo religioso poiché avvertito e definito quale ostacolo al mantenimento dell'ordine sociale¹². Da questo deriva il venir meno della dimensione interna di asilo il quale acquista un connotato internazionale: se da un lato si realizza una progressiva diminuzione del carattere religioso-culturale del fenomeno, dall'altro si ha il riconoscimento da parte di autorità statali che acquistano una piena titolarità nel settore sia da un punto di vista interno che internazionale. Alla luce di questo l'asilo diviene un istituto giuridico che può essere accordato qualora ricorrano determinate condizioni dalle quali discendono, a loro volta, diritti e obblighi. Dalla fine del XVIII secolo l'asilo diviene, di conseguenza, un istituto di diritto internazionale diffuso nella prassi degli Stati Europei¹³. A livello formale lo Stato di

¹⁰ F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani, L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, op. cit., p. 28.

¹¹ E. Reale, *Le Droit d'Asile*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1938, p. 500.

¹² F. Francioni, *Asilo diplomatico. Contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, op. cit., p. 3.

¹³ R. Pisillo Mazzereschi, *Il diritto d'asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 695.

accoglienza si impegna a garantire ed offrire protezione a tutti gli stranieri, da un punto di vista pratico questa tutela viene riconosciuta sulla scorta di considerazioni aventi natura economico-politica e degli specifici interessi statali¹⁴.

Nel momento in cui si assiste alla diffusione della dottrina giusnaturalistica l'asilo assume i connotati di diritto della persona¹⁵; i giusnaturalisti, infatti, qualificano l'asilo come espressione della libertà di movimento degli individui¹⁶ nel contesto della società internazionale oltre a definirlo quale principio di ospitalità dello straniero. Questa tesi, ossia quella del diritto di accesso degli stranieri in cerca di rifugio nel territorio di uno stato, viene ricondotto altresì allo *ius gentium* comune alle diverse nazioni civili¹⁷. Tra i sostenitori di questa tesi si ha Ugo Grozio il quale considera l'asilo come uno dei diritti naturali caratterizzato da una doppia anima: esso è sia diritto del soggetto sia prerogativa del sovrano.

Nel momento storico dell'illuminismo il concetto di asilo assume una definizione maggiormente conforme a quella che vige attualmente: in questi termini l'asilo viene interpretato come un fattore di disturbo per la solidità delle Nazioni. In questa direzione il giurista Cesare Beccaria arriva a sostenere come l'istituto in questione sia un pericolo per l'ordine sociale oltre ad integrare un ostacolo per l'attuazione della giustizia nonostante egli fosse favorevole all'accoglienza degli stranieri che fuggivano dai tiranni¹⁸.

Con la rivoluzione francese l'asilo diviene un istituto fortemente influenzato da pressioni e idee politiche: viene configurato come forma di protezione definitiva e difficilmente revocabile che assume i connotati di una prerogativa assoluta da opporre ai governi autocratici¹⁹. La protezione *asylum* era rivolta a coloro che lottavano per gli ideali di libertà e contro la tirannide al punto da essere negato ai soggetti che si fossero macchiati di delitti comuni²⁰.

¹⁴ F. Mastromartino, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 18.

¹⁵ F. Cappelletti, *Dalla legge di Dio alla Legge dello Stato*, op. cit.

¹⁶ Il diritto di asilo viene qualificato come ipotesi di illimitata libertà di circolazione: lo *ius peregrinandi* viene fatto coincidere con il diritto di emigrare e di accedere in modo libero ai territori di un altro Stato. I. Trujillo Perez, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Giappichelli, Torino, 1997 p. 162.

¹⁷ J. Bodin, *Les Six livres de la République* (1576), Paris, 1986.

¹⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano, 1763.

¹⁹ F. Mastromartino, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, op. cit, p. 90.

²⁰ Art. 120 della Costituzione Giacobina del 1793 «esso dà asilo agli stranieri banditi dalla loro patria per la causa della libertà. Lo rifiuta ai tiranni».

Si assiste alla fine del diritto d'asilo a seguito della conclusione della Seconda guerra mondiale; viene sostenuto che l'asilo abbia subito una trasformazione, ossia da "unico simbolo dei diritti umani nella sfera delle relazioni internazionali" è divenuto un concetto anacronistico e "in conflitto con i diritti internazionali dello Stato"²¹.

3. Richiedente asilo e rifugiato: due sinonimi?

Con il termine asilo si allude al concetto internazionalistico di protezione che viene accordata dagli Stati agli individui che richiedono l'ingresso all'interno del territorio di un determinato Stato per sottrarsi alle discriminazioni e/o persecuzioni che vengono perpetrate nel paese dal quale provengono²². Con l'eccezione di alcune disposizioni di diritto consuetudinario cogente, il riferimento è a quelle che impongono la protezione degli stranieri e la tutela dei diritti umani fondamentali, il diritto internazionale generale non pone limitazioni alla regolamentazione circa l'ammissione ed espulsione degli stranieri da parte dei singoli Stati i quali rimangono liberi di stabilire la propria politica in materia migratoria.

Lo *status* di rifugiato politico rinviene la propria fonte nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1954, n. 722, dove l'art. 1, c. 2 contiene una definizione di rifugiato ossia colui che «a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951 temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche si trova al di fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole a causa di questo timore avvalersi della protezione di questo Paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra»²³.

Ulteriore definizione viene fornita anche dal legislatore europeo il quale nella Direttiva 2003/9/CE indica una distinzione tra qualità e *status* di rifugiato sostenendo che diviene in

²¹ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Milano, 1967, p. 389-390. Si noti che in Italia con l'art. 9 del Trattato Lateranense concluso in data 11 febbraio 1929 la Santa Sede si è impegnata a consegnare alle autorità dello Stato i presunti responsabili di un reato rifugiati nei luoghi ed edifici soggetti alla sua giurisdizione.

²² C. Esposito, (voce) *Asilo* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, p. 204.

²³ G. Biscottini, (voce) *Rifugiati* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XL, 1989, p. 895

modo automatico titolare della qualifica di rifugiato il soggetto che possiede i requisiti enunciati dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951; il riconoscimento, invece, consta in un atto successivo con connotati meramente ricognitivi che attribuisce lo *status* al titolare della situazione giuridica soggettiva preesistente²⁴.

Il concetto di rifugiato, quindi, possiede una autonoma e distinta definizione rispetto all'asilo e da questo discende come le due categorie siano destinatarie di una disciplina *ad hoc*.

Per quanto concerne il nostro ordinamento si deve evidenziare che la definizione adottata richiami esattamente quella della Convenzione di Ginevra, a tal proposito si segnala una pronuncia della Corte di Cassazione nella quale viene sostenuto che lo *status* di rifugiato politico, al pari del diritto d'asilo, integra un diritto soggettivo il cui accertamento possiede efficacia dichiarativa e non costitutiva²⁵. Una pronuncia di segno opposto del Consiglio di Stato evidenzia le differenze tra rifugiato politico e richiedente asilo: tra i due istituti vi sarebbe una «ontologica differenza [...] per ottenere lo *status* di rifugiato necessita almeno il pericolo reale di subire persecuzioni, perché venga integrata la previsione del comma 3 dell'art. 10 Cost., è sufficiente la mancanza di libertà democratiche nel paese di provenienza»²⁶.

Se i due istituti in ambito sovranazionale ed internazionale non possono sovrapporsi la dottrina italiana non possiede un atteggiamento univoco nel senso della possibile o non possibile sovrapposizione dei due concetti.

Una prima ricostruzione dottrinale equipara asilo e rifugio differenziandoli dalle altre situazioni in cui possono trovarsi gli stranieri: in questa direzione gli stranieri sarebbero

²⁴ Oltre a questo l'art. 2 della Direttiva 2004/83/CE precisa che «ai fini della presente direttiva, si intende per: a) «protezione internazionale»: lo *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria quale definito alle lettere d) e f); c) «rifugiato»: cittadino di un Paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese, oppure apolide che si trova fuori dal Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo 12; d) *status* di rifugiato»: il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide quale rifugiato». In dottrina è stato evidenziato come il mancato riferimento alla nozione di rifugiato ma solamente al concetto di *status* di rifugiato pone delle problematiche, ossia, richiamando la sola procedura di riconoscimento non risulta essere conforme al principio secondo cui il riconoscimento dello status possiede carattere meramente ricognitivo di una situazione giuridica preesistente allo stesso. A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 319.

²⁵ Cass. civ., s. n. 907/1999.

²⁶ Cons. St. sez. IV, s. n. 5919/2002.

titolari di un mero interesse legittimo ad entrare e soggiornare nel territorio italiano e possono essere espulsi qualora si verificano i presupposti previsti dalla legge anche sulla scorta di un provvedimento amministrativo. Lo stesso non può applicarsi a rifugiati e richiedenti asilo i quali sono titolari di un diritto soggettivo il cui esercizio può essere limitato sulla base di un provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria²⁷.

Per altra parte della dottrina le due qualifiche dovrebbero essere indipendenti tra di loro, quindi, non è possibile che un rifugiato possa essere contemporaneamente titolare di un diritto d'asilo né che un soggetto titolare del diritto d'asilo si veda negare lo *status* di rifugiato. Nonostante questa detta impostazione sostiene che si tratti di istituti differenti aventi normative distinte e assenti nel nostro ordinamento giuridico²⁸.

Una terza posizione dottrinale, invece, sostiene che lo *status* di rifugiato e il diritto d'asilo rientrino nella macro-categoria dell'interesse legittimo e non del diritto soggettivo²⁹; infine un'altra ricostruzione enuncia che entrambi i due istituti possano rientrare nel novero dei diritti soggettivi e che, sebbene lo *status* di rifugiato sia un diritto soggettivo, lo stesso possieda un contenuto talmente ampio da comprendere altresì singoli interessi legittimi³⁰.

Una pronuncia del Consiglio di Stato³¹ stabilì che asilo e rifugio politico sono due aspetti di un unico e più generale diritto di cui l'asilo costituisce il *genus* e il rifugio la *species* nonché che l'asilo può essere interpretato alla luce delle norme contenute nella Convenzione di Ginevra del 1951.

In una sentenza di fine anni novanta la Corte di Cassazione³² precisò che il diritto d'asilo è un diritto soggettivo perfetto che sorge in capo allo straniero a condizione che venga concretamente accertato nel Paese d'origine l'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Da questo si distingue lo *status* di rifugiato che possiede un diverso e ristretto presupposto, cioè, il fondato timore di essere perseguitati³³. In secondo luogo viene sostenuto che lo *status* di rifugiato deve essere riconosciuto nell'ipotesi in cui l'interessato abbia subito una violazione dei diritti umani

²⁷ A. Cassese, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione: Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 538.

²⁸ E. Lapenna, (voce) *Rifugiati*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVII, 1988.

²⁹ G. Biscottini, (voce) *Rifugiati*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XL, 1989 p. 900.

³⁰ A. Pera e A. Sinagra, *Asilo Politico e Status di rifugiato politico dopo la legge 189/2002*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. XXVI - supplemento al n. 7/8 luglio/agosto 2004, p. 18

³¹ Cons. Stato, s. n. 3874/2002.

³² Tribunale di Roma, sez. II civ., 1 ottobre 1999.

³³ Cass, civ., s. n. 5055/2002 in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 797.

fondamentali in assenza totale di una protezione da parte del Paese d'origine e che la persecuzione, sia essa in atto o temuta, debba essere personale e diretta³⁴.

In conclusione si può sostenere che l'asilo e il rifugio possiedano differenze di presupposto e di requisiti in quanto il primo richiede la privazione delle libertà garantite dalla Costituzione italiana e il secondo il fondato timore di persecuzione per motivi di razza, nazionalità, religione, ideologia politica e appartenenza a un determinato gruppo sociale. Sebbene sussistano queste differenze i due istituti risultano essere accomunati dalla natura di diritto soggettivo, dall'efficacia dichiarativa del relativo provvedimento di accertamento, dalla giurisdizione dell'autorità ordinaria e dal divieto di espulsione o respingimento. Oltre a ciò entrambi possiedono copertura costituzionale la quale può essere definita come diretta per l'asilo politico ex art. 10, c. 3 Cost. e indiretta per lo *status* di rifugiato politico. Quest'ultimo sembra aver assunto il rango di norma internazionale consuetudinaria e, sulla scorta della considerazione secondo cui dette norme hanno ingresso nel nostro ordinamento grazie al primo comma dell'art. 10 Cost., deve riconoscersi valore costituzionale anche al riconoscimento dello *status di rifugiato*³⁵.

Nonostante questo permangono le differenze tra *status* di rifugiato e richiedente asilo poiché «la determinazione dello *status* di rifugiato non ha l'effetto di conferire la qualità di rifugiato: essa constata l'esistenza di detta qualità. Una persona non diventa quindi un rifugiato perché è stata riconosciuta come tale, ma è riconosciuta come tale proprio perché è un rifugiato»³⁶ e questo perché lo *status* di rifugiato non viene concesso ma riconosciuto al richiedente asilo.

4. La regolamentazione italiana.

La disciplina del diritto d'asilo, in ambito nazionale italiano, può essere analizzata sia da un punto di vista di dettato costituzionale sia di normativa nazionale di attuazione.

In questo paragrafo, di conseguenza, verrà prima affrontato il dettato costituzionale,

³⁴ TAR Veneto sez. III, n. 2354/2001, in *Foro Amministrativo*.

³⁵ A. Bretschender, *Diritto d'asilo e status di rifugiato politico nell'ordinamento italiano*, in *Il Politico*, n. 2/2008, pp. 5-39.

³⁶ UNHCR, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, Ginevra, 1979, paragrafo 28.

evidenziando la sua nascita, evoluzione e quindi richiamando anche il dibattito formatosi in sede di Assemblea costituente.

Successivamente si affronterà lo stesso diritto, definito come soggettivo e perfetto, dal punto di vista della normativa di attuazione anche alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi.

4.1. La disciplina costituzionale.

La disciplina costituzionale italiana in materia di diritto di asilo è stata definita da parte della dottrina come un esempio di discrasia tra la previsione costituzionale e gli interventi legislativi: precisamente la prima è stata ritenuta come una delle previsioni più lungimiranti all'interno del panorama europeo mentre i secondi sono stati definiti insoddisfacenti³⁷.

Al fine di comprendere compiutamente la portata del diritto di asilo all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano è necessario e fondamentale analizzare il dibattito sviluppatosi in Assemblea Costituente poiché la definizione della disposizione in questione suscitò contrasti molto accesi tra i Deputati appartenenti ai diversi schieramenti politici e si delinearono delle posizioni altamente divergenti. Se si analizzano i lavori dell'Assemblea Costituente si possono individuare essenzialmente tre diversi atteggiamenti principali.

Il primo aveva quale idea quella di legare la concessione del diritto di asilo al fatto di essere perseguitati per aver difeso i propri diritti di libertà e di lavoro; in questo modo il riferimento era volto solamente ai perseguitati escludendo quindi, da questo diritto, chi non lo fosse o che comunque fosse escluso nel godimento di diritti fondamentali. Questo progetto estendeva il diritto d'asilo a qualsiasi perseguitato politico per qualsiasi idea, o meglio, a qualsiasi straniero impedito nell'effettivo godimento dei diritti fondamentali³⁸.

Una seconda posizione era espressa dai socialisti e da alcuni Deputati di centro-destra e proponeva la possibilità di riconoscere il diritto di asilo solamente a quel perseguitato straniero che aveva lottato per la difesa di valori tipici di quelli contenuti nella Costituzione

³⁷ Le Costituzioni europee si limitano in molti casi a rinviare alla legge la definizione dei presupposti per la concessione dell'asilo, in altri casi precisano che l'interessato deve essere oggetto di persecuzione politica nel Paese di origine.

³⁸ L'emendamento proposto risultava essere formulato nei seguenti termini «lo straniero perseguitato a causa della sua azione in favore della libertà, ha diritto di asilo nel territorio italiano». *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. VI, p. 170.

italiana.

La terza, espressione dei socialdemocratici e dei democristiani, aveva quale *focus* quello di concentrarsi sul riconoscimento del diritto di asilo a tutti gli stranieri cui fosse negato, concretamente, l'esercizio dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione italiana³⁹.

Quest'ultima previsione fu recepita nel testo finale della Carta costituzionale italiana: si è adottata quindi l'impostazione che garantiva la maggiore ampiezza di possibili beneficiari del diritto d'asilo a prescindere dall'elemento ideologico, politico oltre che dall'atteggiamento delle autorità straniere nei confronti del richiedente⁴⁰. In altri termini la previsione contenuta nella Costituzione italiana "non si limita ad offrire asilo a chi sia colpito o perseguitato perché sostenitore di idee, e tendenze politiche, ritenute degne di approvazione, ma considera perseguitato, colpito e meritevole di asilo chiunque sia cittadino di paese nel quale non siano effettivamente riconosciute le fondamentali libertà democratiche dell'uomo"⁴¹.

L'aspetto che si vuole evidenziare è che nel nostro ordinamento giuridico l'istituto del diritto di asilo persegue l'obiettivo di fornire la massima garanzia possibile a chi vede impedito nel proprio paese l'effettivo godimento dei diritti di libertà.

La disposizione costituzionale di riferimento è l'art 10, c. 3 Cost. il quale sancisce che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». L'analisi della disposizione può essere condotta attraverso tre coordinate: una soggettiva, una spaziale ed infine una oggettiva.

Partendo dalla prima il riconoscimento contenuto nella previsione appena richiamata è lo straniero inteso in senso lato, ossia facendo riferimento anche agli apolidi: un'esclusione di questi ultimi risulterebbe violativa degli intenti del Costituente poiché, anche a loro, può essere negato l'esercizio dei diritti e delle libertà nello Stato in cui possiedono la residenza. L'apertura estremamente ampia del novero soggettivo pone una problematica interpretativa, ossia, se il nostro Paese possa, ai sensi dell'art. 10, c. 3 Cost., concedere asilo anche a coloro che risultano essere ostacolati nell'esercizio dei diritti e delle libertà

³⁹ Intervento dell'Onorevole Treves nella seduta antimeridiana dell'11 aprile 1947, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. I, p. 794

⁴⁰ F. Rescigno, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2014, p. 153.

⁴¹ C. Esposito, (voce) *Asilo (diritto di)* – *Diritto Costituzionale*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. III, 1958, p. 222.

fondamentali non dallo Stato ma da forze militari o paramilitari presenti parallelamente o in sostituzione dello Stato medesimo. La soluzione si rinviene proprio nella formulazione aperta della disposizione e permette di fornire risposta affermativa all'interrogativo⁴².

Adottando l'altra coordinata, ossia quella spaziale, l'applicazione spaziale dell'art. 10, c. 3 Cost. è limitata al territorio della Repubblica in senso stretto e, di conseguenza, non viene estesa all'ampia sfera rispetto alla quale lo Stato esercita la propria sovranità. Da questo deriva che l'asilo può essere qualificato come asilo territoriale e che, allo stesso tempo, la previsione costituzionale non contempli un diritto d'asilo extraterritoriale.

In dottrina è stato sostenuto come quest'ultimo non possa essere totalmente escluso in quanto lo stesso potrebbe trovare una giustificazione costituzionale nell'art. 2 Cost. Questo articolo garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, quindi i diritti inviolabili di tutti gli uomini ai quali l'Italia dovrebbe fornire aiuto e rifugio qualora agli stessi dovesse essere impedito l'esercizio dei diritti inviolabili. Non si tratta di un'opzione interpretativa priva di limiti: un primo è rinvenibile nell'art. 10, c. 2 Cost. il quale rimanda alle leggi la competenza circa la disciplina da accordare allo straniero in maniera conforme ai trattati. Alla luce di questo è possibile, quindi, che allo straniero venga limitata o negata, in maniera formale, la possibilità di asilo extraterritoriale nonostante si tratti di un diritto suscettibile di essere destinatario di protezione ex art. 2 Cost.⁴³

Per quanto concerne la terza ed ultima coordinata, ossia quella oggettiva, è necessario osservare che lo straniero può efficacemente invocare il diritto d'asilo solamente qualora egli risulti essere concretamente impedito nell'esercizio delle libertà democratiche che la nostra Costituzione garantisce. Oltre a questo è necessario che la limitazione delle libertà democratiche debba possedere carattere generale: non è sufficiente che solamente una di esse non sia fruibile ma, a contrario, è necessaria una compressione dei principali diritti di libertà. In questa direzione non può quindi integrare un impedimento ai sensi dell'art. 10, c. 3 Cost. una "semplice attenuazione del godimento"⁴⁴ e nemmeno una situazione oggettiva di temporanea ed eccezionale sospensione all'interno di uno Stato di emergenza. Viene quindi richiesto che l'impedimento nell'esercizio dei diritti di libertà debba

⁴² Sono esclusi dall'ambito di applicazione di detta disposizione gli stranieri che hanno stabilito la loro residenza all'interno dello Stato italiano in quanto assimilati ai cittadini italiani.

⁴³ G. D'Orazio, (voce) *Asilo (diritto di)* – *Diritto Costituzionale*, voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. III, 1991.

⁴⁴ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, p. 1157.

possedere carattere generale e non essere connesso con situazioni contingenti comportanti la limitazione dei diritti al fine ultimo della protezione degli stessi⁴⁵.

Da quanto illustrato fino a questo punto emerge che il diritto d'asilo, all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, possa essere qualificato come un diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno nel territorio della Repubblica italiana; nonostante questo sia corretto è necessario evidenziare come l'art. 10, c. 3 Cost. possieda il carattere di norma programmatica.

Questa peculiarità venne sottolineata da parte della dottrina⁴⁶ sulla scorta della considerazione secondo cui la locuzione «secondo le condizioni stabilite dalla legge» sarebbe idonea a rendere la disposizione in questione priva di efficacia in mancanza di apposite leggi dirette a concretizzarne, volta per volta, il contenuto. Adottando questa interpretazione il diritto d'asilo potrebbe non solo avere applicazione concreta solamente a seguito dell'adozione di una legge specifica in materia ma anche potrebbe essere circoscritto e limitato dal legislatore il quale potrebbe arrivare ad annullare il diritto *de quo*⁴⁷.

Si tratta di una posizione dottrinarina non condivisibile in quanto il comma terzo deve essere letto ed interpretato insieme al secondo comma dell'art. 10 Cost. il quale stabilisce che il rispetto da accordare al trattamento dello straniero debba comunque trovare un riferimento nelle convenzioni internazionali e nei trattati internazionali. A ciò si deve aggiungere l'applicazione dei principi che informano l'ordinamento giuridico italiano. Di conseguenza la disposizione risulta essere applicativa nonostante necessiti di interventi legislativi di attuazione: la stessa, infatti, contiene già una disciplina generale dell'istituto nonché l'indicazione dei limiti che una futura legge non potrà oltrepassare come, ad esempio, limitare la fattispecie dell'art. 10, c. 3 Cost. solamente agli appartenenti ad alcuni Paesi⁴⁸.

⁴⁵ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 35, il quale sostiene che "l'asilo deve essere concesso non solo quando le libertà fondamentali (è sufficiente che taluna fra le più importanti lo sia) sono conculcate sistematicamente nel paese d'origine, ma anche quando lo sono per effetto di 'emergenze' che hanno il carattere di mera provvisorietà". Il diritto d'asilo non viene riconosciuto a coloro i quali, nonostante provengano da uno Stato in cui risulti impedito l'esercizio effettivo delle libertà, richieda asilo al fine di sottrarsi all'inflizione di pene detentive comminate per il compimento di reati comuni o per migliorare la propria situazione economica o lavorativa. C. ESPOSITO, (voce) *Asilo (diritto di)* – *Diritto Costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 226.

⁴⁶ M. Miele, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 6.

⁴⁷ P. Ruffia, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, XV edizione, 1989, p. 838. In tal senso viene sostenuto che "[...] tale diritto d'asilo potrà trovare concreta applicazione solo quando saranno state emanate le leggi idonee a stabilirne le modalità d'applicazione [...]».

⁴⁸ P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, pp. 61 e 217.

Una opposta interpretazione dottrinale sostiene che l'art. 10, c. 3 Cost. può essere definito come norma precettiva contenente un diritto soggettivo perfetto⁴⁹ nei confronti dello straniero il quale vanta un diritto nei confronti dello Stato italiano ad essere ammesso a soggiornare nel territorio italiano. In questo senso la legge deve stabilire le condizioni e gli obblighi di soggiorno, in seconda battuta l'intervento legislativo assume importanza nevralgica nel momento in cui richiedenti d'asilo siano *masse di stranieri* le quali, a causa delle negazioni delle libertà fondamentali nel loro paese, risultano essere costretti ad esiliare.

Quest'ultima fattispecie integra un'ipotesi di difficoltà oggettiva per lo Stato nella concessione o nella non concessione del diritto d'asilo a grandi numeri di individui: in questo senso le leggi richiamate dal comma terzo insieme agli accordi internazionali possono rinvenire forme di aiuto da parte di organismi internazionali.

Nel momento in cui si sostiene che l'art. 10, c. 3 Cost. sia una norma precettiva si deve altresì concludere che il richiamo alla legge integri una riserva assoluta di legge poiché volontà del Costituente fu quella di impedire la regolamentazione all'autorità amministrativa e alle fonti secondarie sia le questioni generali concernenti la condizione dello straniero sia quelle riguardanti il diritto di ingresso e soggiorno dello stesso. L'esistenza di questa riserva, che si ritiene essere assoluta, integra uno strumento di garanzia a tutela dei diritti di libertà tra i quali deve essere ricompreso il diritto d'asilo⁵⁰. In altri termini l'art. 10, c. 3 Cost. può essere definito come “una norma che pone un obbligo per gli organi dotati di potestà regolamentare di non disciplinare la materia; e una norma che rivolge un invito al Legislatore ordinario a provvedere ad integrare legislativamente il

⁴⁹ In detta qualificazione del diritto d'asilo una tappa importante si rinviene nella pronuncia del Tribunale di Roma concernente la richiesta di asilo politico di Abdullah Ocalan. Detta sentenza precisa come l'art. 10 co.3 Cost. sia una disposizione costituzionale idonea a far sorgere in capo al soggetto un diritto soggettivo perfetto azionabile in giudizio anche in assenza di norme legislative di attuazione. Oltre a questo il Giudice afferma che spetti indefettibilmente all'organo giudicante la valutazione relativa all'effettiva democraticità dell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'asilante anche nell'ipotesi in cui vi fosse una disciplina di attuazione. Tribunale di Roma, sez. II civ., 1 ottobre 1999.

⁵⁰ In relazione alla distinzione tra riserva assoluta o relativa di legge è stato sostenuto che a prescindere dalla qualificazione della riserva in questione e senza sostenere che la legge possa porre limiti quantitativi al diritto d'asilo costituzionale si deve altresì riflettere sul fatto che l'applicazione dell'istituto dell'art. 10, c. 3 Cost. possa essere limitato qualora fosse necessario procedere ad un bilanciamento con altri beni costituzionali di pari livello. In altri termini l'ingresso e il soggiorno degli stranieri richiedenti il diritto d'asilo potrebbe essere compresso per motivi di sanità o di sicurezza a condizione che questi fossero stabiliti dalla legge in via generale. E. Khanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 31 ottobre 2014.

dettato costituzionale»⁵¹.

L'aspetto peculiare dell'art. 10, c. 3 Cost. è quello di essere la disposizione costituzionale che contiene e racchiude maggiormente la filosofia che anima la Costituzione italiana, ossia la filosofia sui diritti umani. Dal complesso delle altre disposizioni costituzionali, infatti, emerge che la Repubblica riconosce e garantisce a chiunque in Italia i diritti inviolabili dell'uomo, invece dalla portata del comma terzo dell'art. 10 si evince che il Costituente ritiene quei diritti imprescindibili non solamente in Italia ma anche in qualsiasi entità statale in quanto accoglie in Italia quei stranieri la cui libertà sia negata nel proprio paese⁵².

Nonostante queste riflessioni giuridiche-filosofiche è stato sostenuto che qualora si volesse procedere a confrontare l'ambito soggettivo di applicazione dell'asilo costituzionale con quello di altre forme di protezione politico-umanitaria che si rinvencono nel nostro ordinamento emerge che la disposizione dell'art. 10, c. 3 Cost. non possiede rilevanza ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo, oltre a ciò si deve evidenziare anche la potenziale non applicazione della disposizione qualora l'evento *persecuzione* non sia imputabile ad un organismo "statale"⁵³.

4.2. La normativa di attuazione.

In materia di disciplina di diritto di asilo risulta mancante una disciplina organica dell'istituto. Le prime previsioni risalgono al 1990 a partire dalla legge Martelli⁵⁴ attualmente in vigore solamente per quanto concerne gli art. 1, 1-*sexies*, e 1-*septies*. Si tratta di una legge che recepiva la definizione di asilante e rifugiato proposta dalla Convenzione di Ginevra e a indicare alcune disposizioni in relazione alla procedura da applicarsi alle frontiere e sul *refoulement* oltre ad istituire il «Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo».

⁵¹ A. Cassese, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri, commento al III comma dell'articolo 10 Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, op. cit., p. 534.

⁵² A. Cassese, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, pp. 485-591, p. 532.

⁵³ M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, pp. 54-58.

⁵⁴ Legge 28 febbraio 1990, n. 39 di conversione del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante «norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo».

Successivamente il Testo Unico del 1998 contenente «disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»⁵⁵ e introduceva il cd. «soggiorno per motivi umanitari»⁵⁶ come successivamente previsto nel suo regolamento di attuazione oltre che nella versione aggiornata del 2004⁵⁷.

La l. n. 189/2002, altrimenti detta legge Bossi-Fini, e successivamente modificata nel 2007 e 2008⁵⁸ disciplinò il fenomeno. Nella concezione di questa legge, precisamente agli artt. 31 e 32, l'asilo viene visto come un fenomeno da limitare e da scoraggiare: il diritto garantito dalla Costituzione italiana ha quindi subito un restringimento mediante l'introduzione di strumenti⁵⁹ quali il «trattenimento dei richiedenti asilo» stabilito nei centri di temporanea permanenza e accoglienza ovvero presso i centri di identificazione⁶⁰. Sulla scorta di queste previsioni è successivamente intervenuta la normativa del 2005⁶¹ che, oltre a confermare la precisione dei centri di identificazione, contiene una disciplina nuova sulla procedura per l'accoglienza degli «stranieri richiedenti il riconoscimento dello *status* di

⁵⁵ D.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche.

⁵⁶ Introdotta dal d.lgs. n. 286/1998 - Testo unico immigrazione – tale figura è disciplinata in particolare all'art. 5, c. 6 laddove si stabilisce che «il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali [...] salvo che ricorrano seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». In queste ipotesi è previsto un permesso rilasciato dal questore allo straniero che pur non presentando i requisiti previsti dalle norme internazionali e comunitarie per l'ingresso e il soggiorno in uno degli Stati contraenti, non può vedersi comunque rifiutato o revocato il permesso di soggiorno. Disciplinata in seguito anche dal cosiddetto Decreto Procedure all'art. 32, comma 2, si precisa che è umanitaria la protezione concessa al cittadino di un paese terzo che per gravi motivi tra cui possono essere comprese «gravi discriminazioni e repressioni di comportamenti non costituenti reato per l'ordinamento italiano, riferiti al richiedente e che risultano oggettivamente perseguibili nel Paese di origine sicuro» si trovi in oggettive e gravi condizioni personali che non consentono l'allontanamento e a cui, qualora non venga accolta la domanda di protezione internazionale, viene rilasciato dal questore un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, c. 6, d.lgs. n. 286/1998.

⁵⁷ DPR n. 394/1999, «Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286», e successive modifiche.

⁵⁸ D.lgs. n. 251/2007, entrato in vigore il 19 gennaio 2008, sull'attribuzione della qualifica di rifugiato (detto Decreto Qualifica), in attuazione della Direttiva 2004/83/CE (recante «norme minime sulla attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta») successivamente abrogata dalla Direttiva 2011/95/UE «recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta», anche questa da ultimo abrogata, per gli Stati membri vincolati con effetto dal 21 luglio 2015, dalla nuova Direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 recante «norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)».

⁵⁹ E.A. Imparato, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una prospettiva comparata*, in *Osservatorio Costituzionale*, novembre 2014.

⁶⁰ Attualmente sostituiti dai CIE centri di identificazione ed espulsione (l. n. 125/2008) e CARA-Centri di accoglienza per i richiedenti asilo.

⁶¹ D.lgs., n. 140/2005, recante «Attuazione della direttiva n. 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri».

rifugiato» nel territorio nazionale per fornire applicazione alla Direttiva 2003/9/CE nell'obiettivo di attuare una «politica comune nel settore dell'asilo».

Successivamente con l'adozione del «pacchetto sicurezza»⁶² sono state apportate modifiche a 38 disposizioni in materia di immigrazione, è stato introdotto il reato di soggiorno irregolare⁶³, successivamente depenalizzato dalla l. n. 67/2014⁶⁴.

Uno dei provvedimenti maggiormente discussi fu il d.l. n. 113/2018 (cd. *decreto sicurezza ed immigrazione*) successivamente convertito in l. n. 132/2018 che ha provveduto ad eliminare l'istituto generale ed atipico del permesso di soggiorno per motivi umanitari⁶⁵ e ha introdotto diversi permessi speciali e tipici connotati dalla temporaneità. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari era definito come un diritto soggettivo⁶⁶, un diritto umano fondamentale⁶⁷, un istituto da applicare dinnanzi a situazioni caratterizzate di particolare vulnerabilità, oggetto di sindacato da parte del giudice ordinario⁶⁸ e attuazione del diritto d'asilo ex art. 10, c. 3 Cost.

Sul punto, a seguito del ricorso promosso da diverse Regioni italiane⁶⁹, si è pronunciata la Corte costituzionale con sentenza n. 194/2019⁷⁰ con la quale la Corte ha affrontato la

⁶² Legge n. 94/2009, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica».

⁶³ L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2009, p. 15.

⁶⁴ Si è realizzata questa depenalizzazione successivamente alla pronuncia di incompatibilità con la Direttiva «Rimpatri» da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. CGUE, sent. 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU. V. A. Cossiri, *La repressione penale degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, R. Nania, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 391-393.

⁶⁵ S. Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in *Forum di quaderni costituzionali Rassegna*, 19 ottobre 2018, pp. 1-12.

⁶⁶ C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi.it. Focus Human Rights*, n. 23/2020, pp. 1-42.

⁶⁷ Cass., SS.UU., ord. n. 19393/2009.

⁶⁸ Cass. civile, sez. VI, n. 3347/2014.

⁶⁹ Esse tentarono di dimostrare, anche senza alcun risultato, come il decreto-legge sicurezza aveva creato una lesione delle loro attribuzioni dato che incideva sulla condizione giuridica del migrante che cercava protezione o al quale veniva revocato o negato uno *status* di protezione. In altri termini il Legislatore con queste disposizioni avrebbe prodotto delle norme che propagavano i loro effetti sulle competenze normative e amministrative regionali in tema di welfare state nei confronti dei non cittadini; questo avrebbe indotto le Regioni a dover rispettare leggi statali illegittime costituzionalmente poiché contrastanti con gli artt. 2, 3, 10 c. 2 e 3, 11, 117 c.1 Cost. Si tratta dei ricorsi presentati dalle seguenti Regioni: Umbria, Emilia Romagna, Marche, Toscana, Calabria, Basilicata e Sardegna. Questi ricorsi verranno definiti inammissibili dalla Corte sulla scorta della considerazione secondo cui non si rinviene nessuna combinazione di competenze statali e regionali.

⁷⁰ Per un'analisi della sentenza completa vedasi C. Padula, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 29 agosto 2019. G. D'Alessandro, *Lesioni indirette delle competenze costituzionali delle Regioni in materie esclusive dello Stato*, in

tematica dei limiti alla discrezionalità del legislatore in merito al bilanciamento tra l'interesse pubblico alla tutela della sicurezza e dell'ordine e la tutela dei diritti della persona migrante in cerca di protezione.

Nel proprio giudizio, il Giudice delle Leggi richiama il principio di ragionevolezza intrinseca, effettua il test di necessità e proporzionalità per quanto concerne le limitazioni concernenti i diritti derivanti dal bilanciamento con altri interessi costituzionali.

Partendo dal primo aspetto la Corte richiama la propria pronuncia n. 172/2012 la quale aveva dichiarato illegittimo costituzionalmente l'automatismo legislativo dal quale discendeva l'obbligo per l'amministrazione di rigettare l'istanza di regolarizzazione presentata dal lavoratore non cittadino di uno degli Stati membri dell'Unione europea qualora ricorressero condanne penali per i reati previsti dall'art. 381 c.p.p. senza una valutazione concernente un pericolo concreto per la sicurezza o per l'ordine pubblico⁷¹.

Successivamente la Corte si addentra nel sindacato di stretta ragionevolezza sulle norme del decreto sicurezza 2018 arrivando a sostenere che la disciplina potrebbe essere definita come intrinsecamente irragionevole in quanto confonde le esigenze di vincolatezza del potere amministrativo e la garanzia costituzionale della discrezionalità legislativa⁷².

Per quanto concerne le conseguenze che possono derivare dalla tecnica della tipizzazione rapportata alla definizione puntuale delle ipotesi di permesso di soggiorno per motivi umanitari sul piano della effettività della tutela del diritto d'asilo e degli altri diritti inviolabili è possibile richiamare quanto sostenuto dalla dottrina circa l'inefficace utilizzazione della tecnica legislativa della tipizzazione utilizzata per assicurare l'effettiva garanzia del principio di legalità. A tal proposito è stato sostenuto che "previsioni tassative di fattispecie possono essere necessarie per assicurare un efficace controllo dei flussi migratori e possono rappresentare una garanzia (rispetto anche a possibili abusi o discriminazioni), assicurando il rispetto del principio di legalità; dall'altro esse devono

Giurisprudenza costituzionale, n. 4/2019, pp. 2241-2247. G. Milizia, *L'art. 12 del "decreto sicurezza" sulla protezione internazionale dei migranti è incostituzionale?* In *Diritto&Giustizia*, fasc. 56/2020, pp. 7-10. A.M. Scaravilli, *Tutela costituzionale della famiglia e diritti degli stranieri: Regioni e Corte costituzionale innanzi al decreto sicurezza*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2019, pp. 1401-1425.

⁷¹ P. Bonetti, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994.

⁷² Si legge nella pronuncia della Consulta che «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili. Diversamente questa Corte potrà essere adita in via incidentale, restando ovviamente impregiudicata, all'esito della presente pronuncia, ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale della disposizione in esame».

riguardare ipotesi univocamente coerenti con la ratio della norma e devono essere proporzionate all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. Ove, invece, la tassatività porta ad una omogeneizzazione di trattamento di casi che possono avere valenze anche assai differenti, la previsione legislativa finisce per essere manifestamente iniqua e la mancanza di spazi di discrezionalità non è più funzionale ad un sistema di accoglienza coerente e non rappresenta neppure più una garanzia per i soggetti, ma diviene una corazza che tiene forzatamente unite ipotesi differenti⁷³.

A seguito dell'introduzione della l. n. 132/2018 questo istituto è stato abrogato e sostituito dalle fattispecie di soggiorno temporaneo per esigenze di carattere umanitario, cioè: il permesso di soggiorno per «casi speciali»⁷⁴ che sostituisce quello per motivi di protezione sociale, ossia per vittime di violenza domestica e sfruttamento lavorativo, il permesso di soggiorno per calamità⁷⁵, il permesso di soggiorno per «cure mediche»⁷⁶ ed infine il permesso di soggiorno per motivi di particolare valore civile⁷⁷. Ulteriore fattispecie che è stata introdotta concerne il permesso di soggiorno per «protezione speciale» da applicare ai casi in cui non venga accolta la domanda di protezione internazionale dello straniero e la sua espulsione ne sia vietata qualora vi sia la possibilità che egli «possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»⁷⁸ oppure ricorrano fondati motivi che lo stesso possa essere sottoposto a tortura⁷⁹.

Dal quadro appena delineato «si può dedurre che in sostanza, a seguito di detta riforma, la protezione umanitaria non sarebbe stata soppressa; il legislatore si sarebbe piuttosto limitato a specificare le diverse fattispecie, prima solo genericamente enunciate all'art. 5,

⁷³ C. Corsi, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. (Seminaro di studio - Palazzo della Consulta 26 ottobre 2012)*, reperibile alla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/20121026_condstran_corsi.pdf, p. 21,

⁷⁴ Artt. 18, 18-bis e 22, c. 12-*quater*, T.U. immigrazione.

⁷⁵ Art. 20 *bis*, T.U. immigrazione. È stato osservato in dottrina che la pandemia potrebbe essere l'evento idoneo per applicare in modo generalizzato questo permesso: molti migranti bloccati in Italia a causa della chiusura delle frontiere e dei porti potrebbero ottenere il permesso. P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, n.1/2020, pp. 1-37.

⁷⁶ Art. 19, c. 2, let. d-*bis*), T.U. immigrazione.

⁷⁷ Art. 42-*bis*, T.U. immigrazione.

⁷⁸ Art. 19, c. 1, T.U. immigrazione.

⁷⁹ Art. 19, c. 1.1, T.U. immigrazione.

c. 6, T.U. in materia di immigrazione, che possono costituire un “serio motivo di carattere umanitario” tale da giustificare il rilascio del permesso di soggiorno sul territorio nazionale”⁸⁰.

Successiva evoluzione normativa si rinviene nel d.l. n. 130/2020 (successivamente convertito in l. n. 173/2020) che è stato definito come “la riforma della riforma rispetto al dl. n. 113/2018”⁸¹. L’aspetto di continuità con il precedente decreto-legge è dato dal *nomen* di permesso di soggiorno ma al posto di «permesso di soggiorno per protezione umanitaria» si ha «per protezione speciale».

Questo permesso viene reso convertibile per motivi di lavoro, simili a quelli di calamità, per residenza elettiva, per acquisto della cittadinanza, per attività sportiva, per lavoro artistico, per motivi religiosi, per assistenza dei minori e per cure mediche.

Ulteriore elemento di novità è dato dall’ampliamento del novero delle fattispecie rispetto alle quali deve essere riconosciuto questo permesso: il divieto di espulsione e respingimento viene sancito non solamente «qualora esistano fondati motivi di ritenere che (la persona) rischi di essere sottoposta a tortura» ma anche ai trattamenti inumani o degradanti oppure alle ipotesi in cui ricorrano gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano⁸².

L’aspetto maggiormente significativo concerne la previsione secondo cui viene sancito il divieto di espulsione o respingimento ad eccezione delle ipotesi in cui ricorrano «fondati motivi di ritenere che l’allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e di sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo status di rifugiati [...] e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea».

⁸⁰ V. Faggiani, *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e Covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 357. La Corte costituzionale ha confermato la costituzionalità dei permessi di soggiorno introdotti con la recente normativa. Corte cost., 20.6.2019, n. 194.

⁸¹ E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione nel dl. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 1/2021, p. 78.

⁸² In questo modo viene ripresa l’indicazione della Corte costituzionale contenuta nella sentenza n. 194/2019, cioè «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili».

5. Diritto internazionale e diritto d'asilo: disciplina e tutela.

Il diritto d'asilo, nell'ambito del diritto internazionale, può essere definito come il diritto degli Stati sovrani di accordare, a loro discrezione, asilo all'interno del proprio territorio, nell'esercizio della loro sovranità, infatti, gli Stati sono liberi di ammettere nel proprio territorio le persone che desiderano entrarvi e in mancanza di obblighi, come quelli derivanti dagli accordi di estradizione, di rifiutarsi di riconsegnarle ad un altro Paese, compreso quello di origine. L'asilo internazionale può essere definito come diritto sovrano degli Stati che vede la propria concretizzazione nella facoltà per gli Stati stessi di ammettere nel loro territorio profughi politici senza incorrere in alcuna responsabilità internazionale pretendendo da parte degli altri Stati il rispetto dell'asilo dagli stessi accordato.

Riprendendo la definizione elaborata dall'*Institut de droit international* il diritto d'asilo può essere definito come la protezione che uno Stato accorda all'interno della propria sfera territoriale, asilo territoriale, o in altro luogo, asilo extraterritoriale⁸³, ad uno straniero che ne faccia richiesta in quanto perseguitato per motivi politici. Affinché vi sia asilo non è sufficiente che lo Stato di emigrazione offra allo straniero una qualche forma di rifugio, con la conseguente ammissione sul proprio territorio, ma che ne assuma la protezione contro ogni forma di ritorsione eventualmente adottata da altri Stati⁸⁴.

Si deve evidenziare come, a livello internazionale, non si rinviene nessuna definizione di asilo territoriale; ad esempio l'art. 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁸⁵ del 1948 enuncia che «ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni»: si tratta di una disposizione ambigua che lascia dubbi

⁸³ L'espressione asilo territoriale viene utilizzata per indicare il potere degli Stati o dei relativi organi giudiziari di accogliere nel proprio territorio individui sottoposti a persecuzione da parte di altri Stati o dai relativi organi giudiziari garantendo contemporaneamente la protezione. Il termine asilo extraterritoriale viene utilizzato per alludere alla facoltà in capo agli Stati di accogliere e proteggere nelle loro legazioni o ambasciate presso altri Stati persone che vengono perseguitate o ricercate nel territorio dello Stato dove si trova l'ambasciata o la legazione. A. Migliazza, (voce) *Asilo (Diritto internazionale)*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1958, vol. 1-2, pp. 1039 ss.

⁸⁴ E. Bernardi, (voce) *Asilo politico*, voce in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1987, vol. I, pp. 421-430. Si noti che in forza di una norma internazionale consuetudinaria ogni Stato è obbligato a rispettare la sovranità territoriale dell'altro Stato cioè a non fare ingresso e nemmeno a interferire sul territorio di Paesi con cui intercorrano rapporti di pace, la sfera territoriale di uno Stato che dia asilo costituisce per l'individuo una questione di spazio protetto. M. Giuliano, (voce) *Asilo (diritto di) - c) Diritto internazionale*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 205.

⁸⁵ Premessa a questa disposizione sembra essere l'art. 3 il quale dispone che «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona».

interpretativi tra i quali la circostanza che detta disposizione non sia stata recepita all'interno dei due Patti internazionali sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite (1966) e nemmeno dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950). Da questo deriva che, al di fuori degli obblighi eventualmente risultanti da accordi internazionali, a livello di diritto internazionale generale si rileva la mancanza di vincoli alla libertà dello Stato di concedere o negare l'asilo sul proprio territorio⁸⁶.

Si realizza, di conseguenza, l'esistenza di un conflitto tra la nuova natura dell'asilo, il quale tende ad essere definito quale diritto internazionale umanitario poiché diritto fondamentale dell'individuo, e la sovranità degli Stati i quali, a loro volta, tendono ad attribuirgli la qualifica di diritto soggettivo perfetto e ad assumersi gli obblighi relativi imposti dalla Convenzione di Ginevra. In altri termini la peculiarità dell'ordinamento internazionale in materia di diritto d'asilo riguarda la configurazione dello stesso come una facoltà assoluta e incondizionata degli Stati quale espressione del principio di sovranità territoriale e, di conseguenza, le forme di protezione dello straniero sono contenute in strumenti giuridici non vincolanti non comportanti obblighi specifici di tutela nei confronti dei richiedenti in capo agli Stati differenziandosi, quindi, dall'asilo costituzionale⁸⁷. Per questi motivi si sostiene che le forme di protezione internazionale apprestate agli stranieri importino la creazione in capo al beneficiario di un "diritto individuale monco"⁸⁸.

Questa tensione sottesa al diritto d'asilo trova la propria fonte nell'origine storica dell'asilo il quale si era configurato come *devoir d'accueil* piuttosto che come un *droit d'asile*⁸⁹.

Il diritto d'asilo nella storia degli Stati Nazionali è divenuto uno strumento peculiare della politica intergovernativa diretto a integrare una protezione sostituiva dato che viene accordato da uno Stato diverso da quello che dovrebbe garantirla. Solamente nel contesto giuridico internazionale il diritto d'asilo si afferma come "diritto all'asilo"⁹⁰ idoneo a pregiudicare la discrezionalità degli Stati nella determinazione dei beneficiari della propria

⁸⁶ A. Azara, (voce) *Asilo (diritto internazionale)*, in *Novissimo digesto italiano.*, I, tomo II, Utet, Torino, p. 1039.

⁸⁷ A. Cassese, *International law*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 88-94. M. Udine, *L'asilo politico territoriale nel diritto internazionale e secondo la Costituzione italiana*, in *Diritto internazionale*, 1967, p. 258.

⁸⁸ F. Belvisi, *Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/1995, pp. 53-76.

⁸⁹ D. Alland e C. Teitgen-Colley, *Traité du droit de l'asile*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2002, pp. 14-27.

⁹⁰ *Ibidem*.

protezione.

È necessario precisare che né la Convenzione di Ginevra⁹¹, altrimenti conosciuta come «Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati» né il Protocollo di New York del 1967 trattano in modo specifico la materia dell'asilo anche se nel sistema cd. Ginevra si possono rintracciare due richiami.

Il primo si rinviene nell'Atto Finale con il quale la Conferenza dei plenipotenziari approvò il testo della Convenzione e alla lettera d) viene raccomandato ai Governi di «continuare ad accogliere i rifugiati [e di] agire di concerto con un vero spirito di solidarietà internazionale affinché i rifugiati possano trovare asilo».

Il secondo lo si ritrova nel Preambolo della Convenzione, il cui par. 4 enuncia che «considerando che dalla concessione del diritto di asilo possono derivare obblighi eccezionalmente gravosi per determinati Paesi». Si tratta di un'espressione interpretata in dottrina come una manifestazione di volontà diretta ad escludere il diritto d'asilo «per non creare un carico giuridico per gli Stati costringendoli ad ammettere chiunque ne faccia richiesta»⁹².

A causa della mancanza del riferimento all'asilo nella Convenzione di Ginevra l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò nel 1967 una «Dichiarazione sull'Asilo Territoriale» con la manifestazione di volontà di procedere successivamente ad una sua conversione di Convenzione che, a differenza della Dichiarazione, avrebbe avuto valore vincolante. Per questo motivo nel 1967 venne creata una «Conferenza sull'asilo territoriale» che venne sciolta dieci anni dopo in quanto non aveva ottenuto alcun risultato⁹³.

La Dichiarazione, oltre a non possedere efficacia vincolante e affermando che «l'asilo garantito da uno Stato [...] alle persone che hanno il diritto di invocare l'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani [...] deve essere rispettato da tutti gli altri Stati», precisa che ciascuno Stato decide di concedere o meno l'asilo «nell'esercizio della sua sovranità» e che «compete allo Stato che garantisce l'asilo la valutazione delle ragioni per

⁹¹ Il merito della Convenzione di Ginevra è quello di aver rappresentato la prima e più importante codificazione per quanto concerne il diritto dei rifugiati: una volta verificata l'assenza delle cause di esclusione e accertata la sussistenza del requisito soggettivo, ossia il fondato timore di subire una persecuzione personale e diretta, e oggettivo, cioè le circostanze esterne a supporto dello stato mentale, vengono riconosciuti in capo ai titolari della protezione internazionale sia diritti che doveri i quali fondano, a loro volta, la peculiare forma di protezione internazionale del rifugiato. J.C. Hathaway, *The rights of Refugees under International law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 998-1002

⁹² F. Rescigno, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e «vuoto» normativo*, cit., p. 80.

⁹³ I. Boccardi, *Europe and refugees: towards an UE asylum policy*, in *L'AIA*, 2002, p. 20.

il riconoscimento dello stesso»⁹⁴. Sempre in questa direzione l'asilo viene definito un «interesse della comunità internazionale» ma, allo stesso tempo, viene puntualizzato che esso deve essere interpretato «senza pregiudizio alla sovranità degli Stati»⁹⁵.

Oltre agli strumenti appena enunciati in ambito internazionale si allude anche alla protezione complementare, ossia, un regime di tutela che ricomprende l'insieme di obblighi a cui gli Stati si sottopongono in modo volontario in forza dell'adesione a strumenti legali internazionali e di consuetudini che accordano protezione allo straniero in determinate condizioni indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi indicati dalla Convenzione di Ginevra⁹⁶.

Le fonti *treaty-based* della protezione complementare nel diritto internazionale dei diritti umani sono: l'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950⁹⁷, l'art. 7 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e l'art. 3 della Convenzione contro la Tortura del 1984. L'interpretazione delle stesse porta alla definizione del divieto di allontanamento di qualsiasi soggetto che nel Paese di destinazione possa essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti⁹⁸.

L'art. 3 CEDU, a seguito dell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, ha definito un regime di protezione “alternativo”⁹⁹ consistente nella definizione di un divieto assoluto e inderogabile in capo agli Stati del Consiglio d'Europa di allontanare qualunque soggetto verso Paesi in cui potrebbe sussistere il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti.

Si deve precisare che nemmeno la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali disciplinano l'asilo tra le posizioni garantite e tutelate. Solamente l'art. 2 del

⁹⁴ Art. 1, par. 3, della Dichiarazione.

⁹⁵ Art. 2, par. 1, della Dichiarazione, il secondo paragrafo afferma che «in uno spirito di solidarietà internazionale [...], qualora [uno] Stato abbia delle difficoltà a garantire o continuare a garantire l'asilo, gli Stati, individualmente o assieme o attraverso le Nazioni Unite, considereranno [...] le misure appropriate per alleggerire il peso su tale Stato».

⁹⁶ F. Messineo, *Non-refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?* In *The Ashgate research companion to migration law, theory and policy*, 2013, p. 129-155.

⁹⁷ A. Esposito, *Proibizione della tortura*, in S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi (a cura di) *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 49-51.

⁹⁸ V. Chetal, *Le droit des réfugiées à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, in *Revue Belge de Droit International*, n. 37/2004, pp. 156-160.

⁹⁹ E. Cavasino, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività* in A. Caligiuri, G. Cataldi e N. Napolitano (a cura di) *La tutela dei diritti umani in Europa, tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Cedam, Padova, 2010, p. 305.

Protocollo n. 4 aggiuntivo alla CEDU fa riferimento al diritto di emigrare di ogni individuo oltre ad affermare la libertà di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio ma non viene fatto corrispondere il diritto di godere di una forma di protezione e di uno statuto giuridico definito¹⁰⁰.

Il sistema di protezione alternativo rinviene la propria fonte nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo la quale ha portato a definire come illegittimo ogni provvedimento di allontanamento di una persona dal territorio di uno Stato Membro del Consiglio di Europa verso un altro Stato in cui sussistano delle ragioni fondate per ritenere che corra il rischio reale di essere soggetto a detto trattamento¹⁰¹. Grazie alla propria giurisprudenza la Corte EDU ha elevato l'art. 3 a valore fondamentale di ogni società democratica che, per essere definita come tale, non può ammettere e tollerare alcuna forma di tortura e trattamento inumano o degradante¹⁰².

La Corte EDU, in altri termini, utilizzando la tecnica della protezione *par ricochet* ha svolto una funzione nevralgica per la salvaguardia di alcuni dei diritti dei richiedenti protezione internazionale¹⁰³ impedendo l'allontanamento del soggetto qualora questa possa comportare il rischio di violazione di diritti assoluti e inderogabili come il diritto alla vita ex art. 2, la proibizione di tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti ex art. 3¹⁰⁴. Si tratta di disposizioni, secondo l'orientamento della Corte, che non possono sopportare delle restrizioni anche in presenza dell'eventuale pericolo che il soggetto in questione potrebbe arrecare ai beni della sicurezza dello Stato o dell'ordine pubblico anche qualora fosse connesso alla lotta contro il terrorismo internazionale¹⁰⁵.

¹⁰⁰ C. Favilli, *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 4* in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 860-865.

¹⁰¹ Sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito* (n. 14038/88); Sentenza 20 Marzo 1991, *Varas c. Svezia* (n. 15576/89); Sentenza 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e a. c. Regno Unito* (nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87); Sentenza 17 Dicembre 1996, *Ahmed c. Austria* (n. 25964/94); Sentenza 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* (n. 1948/04); Sentenza 2 dicembre 2008, *KRS c. Regno Unito* (n. 32733/08); Sentenza 21 gennaio 2011 *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (n. 30696/09); Sentenza 23 Febbraio 2012, *Hirsi e altri c. Italia* (n.27765/09).

¹⁰² M.B. Dembour, *When Humans become Migrants - study of the European Court of Human Rights with an Inter - American Counterpoint*, 2015.

¹⁰³ F. Sudre, *Droit international et européen de droit de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, pp. 320-326.

¹⁰⁴ A. Saccucci, *Diritto d'asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Milano, 2011 pp. 168-172.

¹⁰⁵ Sentenza 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* (n. 22414/93); Sentenza 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (n. 37201/06) in cui si precisa che «l'articolo 3 della Convenzione, proibendo in termini assoluti la tortura o le pene o i trattamenti inumani e degradanti, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche, escludendo la possibilità di deroghe o eccezioni. Pertanto, perché un provvedimento di

Emerge come la protezione accordata dalla Corte di Strasburgo risulti essere maggiormente ampia rispetto al divieto di *refoulement*¹⁰⁶ sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, quest'ultimo infatti si applica solamente alle ipotesi in cui il rischio per l'individuo derivi da una persecuzione che non presenta i connotati dell'art. 1 realizzata da agenti statali e non statali¹⁰⁷.

Nonostante questa impostazione si deve rammentare come in una pronuncia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰⁸, dopo aver evidenziato le conseguenze drammatiche dalla applicazione di eventuali eccezioni o deroghe al principio di non respingimento, ne ha delimitato la portata definendo le stesse quali *extrema ratio* alla quale le autorità nazionali possono ricorrere quando non esista nessun'altra misura adeguata per fronteggiare il pericolo derivante alla sicurezza o alla Comunità dello Stato a causa della presenza del rifugiato¹⁰⁹.

Oltre a questo la Corte ha puntualizzato che, qualora ricorrano le condizioni sancite dall'art. 21 par. 2 della Direttiva 2008/115 il respingimento integra una mera facoltà per gli Stati

espulsione sia contrario all'art. 3, è necessaria - e sufficiente - la sussistenza di un rischio reale che il soggetto se respinto possa subire maltrattamenti nel Paese di destinazione. Ai fini di tale valutazione, la Corte ribadisce che è ininfluenza il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il soggetto da espellere, poiché dal carattere assoluto del principio affermato dall'art. 3, deriva l'impossibilità di operare un bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e il motivo invocato per l'espulsione». Sentenza 24 aprile 2008, *Ismoilov e altri c. Russia* (n. 2947/06); sentenza 19 febbraio 2009 *A. e altri c. Regno Unito* (n. 3455/05).

¹⁰⁶ In una recente pronuncia la Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza 14.5.2019 *cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17*) ha precisato che «fintanto che il cittadino di un Paese extra-UE o un apolide abbia un fondato timore di essere perseguitato nel suo Paese di origine o di residenza, questa persona deve essere qualificata come rifugiato ai sensi della direttiva e della Convenzione di Ginevra e ciò indipendentemente dal fatto che lo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva le sia stato formalmente riconosciuto». Sempre nella medesima pronuncia la Corte evidenzia che «alla frontiera tipizzata dal diritto derivato europeo è caratterizzata da un più ampio margine di duttilità interpretativa, sintomatico del maggior *standard* di tutela assicurato al rifugiato nel territorio dell'UE. In effetti, il preambolo della direttiva 2011/95 richiede espressamente che le disposizioni normative ivi individuate vengano interpretate nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana del richiedente asilo e dei familiari al suo seguito, nonché inosservanza dei principi riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [cfr. considerando 16 della direttiva]. Ebbene, con precipuo riguardo al non respingimento, la Carta di Nizza dedica l'art. 4 alla proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e l'art. 19, par. 2, al divieto di allontanamento, espulsione o estradizione verso uno Stato in cui esista un serio rischio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti [nello stesso senso si colloca l'art. 3 della CEDU – inerente al divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti –, che entra a far parte del diritto dell'Unione come principio generale ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE». C. Casiello, M. E Venditti, *Lo status di rifugiato e il divieto di refoulement al vaglio della Corte di Lussemburgo*, in *DPCE-Online*, n. 2/2019, p. 1739.

¹⁰⁷ P. Benvenuto, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. Pineschi (a cura di) *Tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 151-172.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia (Prima Sezione), HT, Causa C-373/13, 24.6.2015

¹⁰⁹ M. Ferri, *Il principio di non respingimento e lo statuto giuridico del rifugiato non espellibile all'esame della Corte di Giustizia: osservazioni sul rapporto tra Convenzione di Ginevra e Carta dei Diritti Fondamentali Ue*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019.

membri in quanto ad essi sono riconosciute due possibilità alternative al respingimento: espellere il rifugiato verso uno Stato terzo nel quale non vi è il rischio che lo stesso subisca atti di tortura o trattamenti disumani o degradanti oppure decidere di autorizzare la persona a rimanere sul proprio territorio. L'aspetto nevralgico di questa pronuncia, molto criticato in dottrina¹¹⁰ e attualmente superato con la pronuncia *M*¹¹¹, concerne l'affermazione della Corte secondo cui il respingimento è «autorizzato in via di principio dalla disposizione derogatoria dell'articolo 21, paragrafo 2».

L'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966¹¹² postula il divieto di tortura, punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Questa disposizione è stata interpretata dal Comitato sui diritti umani nel senso di precludere l'allontanamento di persone verso luoghi in cui sarebbero sottoposti al rischio reale della violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione. A tal proposito si deve evidenziare che coloro i quali temono di subire una lesione di tale specie da parte di uno degli Stati che appartengono al Patto e al Consiglio d'Europa preferiscono invocare l'art. 3 CEDU per cercare protezione e ricorrere quindi alla Corte di Strasburgo poiché le sue pronunce, a differenza di quelle rese dall'organo di monitoraggio del Patto, assicurano un giudicato vincolante¹¹³. Ulteriore riflessione da svolgere è che nel Patto non viene riconosciuto allo straniero il diritto d'asilo: il Trattato, infatti, si limita a porre il divieto di impedire in modo arbitrario ad una persona di entrare nel proprio Paese e il divieto di espellere uno straniero residente ai sensi degli artt. 12, parr. 4 e 13¹¹⁴.

L'ultima forma di protezione complementare è contenuta nell'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984¹¹⁵; si tratta di una disposizione la cui portata e significato ha subito un'estensione grazie all'interpretazione effettuata dal Comitato contro la Tortura del divieto di allontanamento dello straniero che possa essere sottoposto a detto rischio¹¹⁶.

¹¹⁰ A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, op. cit., p. 366.

¹¹¹ Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Mohamed M'Bodj contro État belge*, causa C-542/13, 18.12.2018.

¹¹² Lo stesso venne successivamente ratificato con l. n. 881/1977.

¹¹³ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR commentary*, Kehl Strasbourg Arlington, 2005.

¹¹⁴ W. Kalin, *Limits to expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights* in F. Salerno (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Cedam, Padova, 2003, pp. 154-159.

¹¹⁵ Successivamente venne ratificata con l. n. 498/1988.

¹¹⁶ R. Plender, N. Mole, *Beyond the Geneva Convention: Constructing a de facto Right of Asylum from International Human Rights Instruments* in F. Nicholson, P. Twomey, *Refugee Rights and Realities, Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 81-90.

Questa protezione limita il divieto solamente alle ipotesi di rischio prevedibile reale e personale di atti di tortura alla luce della definizione accolta dall'art. 1 della Convenzione cioè solamente qualora gli stessi provengano dallo Stato. Si tratta di un divieto avente natura assoluta che non ammette deroghe neppure qualora ricorrano circostanze eccezionali e, oltre a questo aspetto peculiare, la competenza facoltativa del Comitato non possiede valore vincolante in quanto si estrinseca solamente in comunicazioni individuali e prive di valore obbligatorio¹¹⁷.

6. La disciplina dell'Unione Europea.

All'interno del contesto europeo il fenomeno dell'immigrazione si è realizzato anche attraverso quello che è stato definito come un abuso¹¹⁸ dello strumento dell'asilo al punto da indurre gli Stati maggiormente interessati ad una modifica in senso maggiormente restrittiva della propria legislazione.

La problematica dell'abuso dell'istituto dell'asilo venne affrontata a partire dal Consiglio europeo di Londra del 1986 nel quale venne indicato come obiettivo principale quello di contrastare l'abuso dell'istituto del diritto d'asilo al punto da divenire prioritaria rispetto allo stesso la «armonizzazione del diritto d'asilo formale e materiale a livello comunitario»¹¹⁹. La prospettiva appena descritta ha determinato una inversione di strategia normativa poiché gli Stati, al posto di assumere e di attuare una comune politica dell'immigrazione, hanno congiuntamente posto in essere una rigida reazione¹²⁰ al fenomeno migratorio diretta a: chiudere le frontiere esterne, sanzionare i vettori che trasportano persone migranti che risultino essere prive dei caratteri di rifugiati, confermare il regime dei visti nei confronti di quelli che sono stati definiti i Paesi *a rischio*, prevedere

¹¹⁷ L'art. 2 della Convenzione al secondo comma precisa che «no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture». B. GORLICK, *The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, n. 3/1999, p. 479-495.

¹¹⁸ G.S. Goodwin-Gill, *Chi è un rifugiato?*, in *Politica internazionale*, n. 5/1991, pp. 48-52.

¹¹⁹ *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto d'asilo*, in *Rivista di Diritto Europeo*, n. 1/1992, p. 171-180.

¹²⁰ A. Geddes, *Immigration and European integration: towards fortress Europe?*, Manchester University Press, New York-Manchester, 2000, S. Sassen, *Migranti, coloni, rifugiati: dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, tr. it., Feltrinelli, Milano, 1999.

delle forme di procedura abbreviata per l'accertamento della fondatezza delle richieste d'asilo, attuare ferme politiche di respingimento alla frontiera e all'espulsione dei richiedenti *abusivi* ed infine contrastare il fenomeno dell'immigrazione illegale utilizzando meccanismi di controllo dei flussi in ingresso.

Queste strategie poste in essere hanno aggirato gli unici obblighi previsti dal diritto internazionale ossia il principio il *non refoulement* attuando, concretamente, una politica definibile come «del non ingresso»¹²¹.

Il cambiamento si è realizzato nel 1997 con la firma del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999. Durante il Consiglio Europeo, e precisamente, nella riunione straordinaria di Tampere del 15-16 ottobre 1999 è stato definito un programma politico per lo sviluppo di una politica europea fondata sulla creazione di un regime comune di asilo. I Governi degli Stati membri hanno quindi deciso di procedere in due fasi¹²².

La prima fase, da realizzarsi nell'arco temporale di cinque anni, prevede la realizzazione di quattro *milestones* legislativi concernenti la determinazione dello Stato membro responsabile per l'esame della domanda d'asilo, l'elaborazione delle norme minime relative alle procedure d'asilo che devono essere eque ed efficaci, alle condizioni di accoglienza degli *asylum seekers* ed infine alla qualifica ed al contenuto dello *status* di rifugiato nonché della protezione sussidiaria.

La seconda fase è preordinata alla realizzazione di una procedura comune di asilo nonché alla definizione di *status* di rifugiato uniforme e valida su tutto il territorio dell'Unione Europea.

Gli aspetti fondanti delle conclusioni di Tampere sono: l'elaborazione di una politica comune nel settore dell'asilo e l'affermazione secondo cui la disciplina europea in materia di asilo è fondata sull'applicazione, in ogni sua componente, della Convenzione di Ginevra. Emerge come i principi cardine siano: solidarietà, equilibrio degli sforzi e degli oneri tra gli Stati membri che ricevono le *displaced persons*. Oltre a questo si deve evidenziare che con la Decisione n. 596/2000 il Consiglio aveva provveduto ad istituire il Fondo Europeo

¹²¹ Un esempio circa la difesa della sovranità nazionale in materia di regolamentazione dell'immigrazione e dell'asilo si rinviene in una pronuncia della Corte di Giustizia la quale si è pronunciata a seguito di un ricorso da parte di cinque Stati Membri nei confronti della Decisione della Commissione n. 85/381 che prevedeva una previa comunicazione da parte dei Governi sull'adozione dei provvedimenti in materia di immigrazione da Stati Terzi. *Immigration Consultation cases*, 1987, ECR 245, *Germany et al. v. Commission*.

¹²² Comunicazione della Commissione «Towards a common asylum procedure and a uniform status, valid throughout the Union, for persons granted asylum», COM (2000) 755 final, 22 novembre 2000.

per i Rifugiati.

Il primo strumento normativo cogente in materia d'asilo attuato dopo il Trattato di Amsterdam è la Direttiva n. 2001/55/CE¹²³: essa contiene un trattamento giuridico particolare accordando al titolare della protezione temporanea un permesso di soggiorno che copre l'intera durata della protezione, ossia da uno fino ad un massimo di tre anni, e la possibilità di accedere al mercato del lavoro.

L'art. 19 della Direttiva stabilisce che gli Stati membri hanno la possibilità di disporre che la protezione temporanea e lo *status* di richiedente asilo, durante il periodo necessario per esaminare la domanda, non possano cumularsi sottolineando come la protezione temporanea non possa compromettere in alcun modo l'istanza per il rifugio.

Successivamente si è cercato di disciplinare a livello di diritto europeo, mediante un procedimento di armonizzazione, la protezione sussidiaria. Si tratta di un intervento realizzatosi con la Direttiva n. 2011/95/CE (*Qualification Directive*)¹²⁴. La protezione completa, consiste in una pluralità di soluzioni giuridico-normative aventi quale unico scopo quello di risolvere un problema, deriva da un'esigenza strettamente politica. L'aspetto maggiormente significativo concerne l'introduzione di una definizione unitaria di rifugiato¹²⁵ delineando, quindi, un modello organizzato di *best practices* emergenti a livello nazionale. Oltre a questo detta direttiva ha provveduto a fornire attuazione alla II fase del Sistema europeo comune di asilo (CEAS) conseguente all'entrata in vigore del TFUE.

Con questo atto di diritto derivato viene perseguita anche la finalità di ridurre, in maniera progressiva, gli spostamenti dei richiedenti asilo dallo Stato membro competente all'esame della domanda di protezione sulla scorta dei criteri contenuti nel regolamento n. 603/2013 verso altri Stati dell'Unione «nei casi in cui tali movimenti siano dovuti esclusivamente alla diversità dei quadri giuridici».

¹²³ Attuata in Italia con il d.lgs. n. 85/2003.

¹²⁴ Essa contiene «norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta».

¹²⁵ Art. 2 lett. c) ««rifugiato»: cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese, oppure apolide che si trova fuori dal Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo 12». Art. 2 lett. d) ««status di rifugiato»: il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un paese terzo o di un apolide quale rifugiato».

Nel sistema europeo la disciplina del diritto d'asilo deve necessariamente essere conforme alla Convenzione di Ginevra: quest'ultima è richiamata sia dall'art. 78 TFUE sia dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE): in entrambe queste disposizioni primarie viene sancito un obbligo di conformità del CEAS alla Convenzione di Ginevra¹²⁶. Le duplici fonti europee menzionate in materia di asilo implicano che, ai sensi dell'art. 78 TFUE, l'asilo viene inteso quale prerogativa degli Stati a concedere detto diritto, mentre, nella Carta dei diritti l'asilo viene definito in maniera espressa quale diritto degli individui ad averlo concesso «nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea». Questo richiamo di disposizioni implica la necessità di individuare una sintesi tra le dimensioni che il diritto d'asilo possiede nell'ordinamento dell'Unione europea ossia tra la dimensione nazionale, propria di alcuni stati membri, e quella internazionalistica.

A tal proposito si richiama una pronuncia del 2019 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹²⁷ con la quale, la Corte, ha cercato di delineare una nuova strada per definire il CEAS in modo conforme alla tutela dei diritti umani e costituzionali. Se si osserva il diritto di asilo da un punto di vista strettamente statalistico della prerogativa dello Stato singolo si arriverebbe alla conclusione secondo cui l'asilo diverrebbe una sorta di *protection from seizure*. Ulteriore aspetto da evidenziare è che nel contesto internazionale gli individui possono invocare il diritto di asilo sulla scorta di «norme di diritto internazionale pattizio in forza fra due o più soggetti di diritto internazionale, per effetto delle quali in date circostanze l'asilo deve essere concesso»; si tratta di norme che disciplinano i divieti di estradizione, norme che disciplinano il divieto di rimpatrio forzato in Paesi nei quali l'individuo ha subito o può subire persecuzioni ed infine asilo in ingresso e soggiorno.

Posto che la Convenzione di Ginevra sui rifugiati contiene delle disposizioni sul divieto di respingimento e sull'ingresso e soggiorno¹²⁸ e posto che detta Convenzione e la CEDU risultano essere gli unici parametri richiamati dal CEAS è possibile sostenere che la definizione del diritto di asilo nell'ordinamento dell'Ue contribuisce a rafforzare il rispetto della sovranità nazionale in materia di protezione del non cittadino nei limiti delle norme

¹²⁶ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, definite dal *Praesidium* si legge, sub art. 18

¹²⁷ GUE grande sezione sentenza 19 maggio 2019 cause riunite c 391/16, c 77/17 e c 78/17.

¹²⁸ A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. II *Asylum, Entry and Sojourn*, pp. 80-93.

di diritto internazionale pattizio sul divieto di respingimento ma non disciplinerebbe l'obbligo degli Stati di assicurare l'asilo come ingresso e soggiorno¹²⁹.

La sentenza della Grande Sezione¹³⁰ precisa che la direttiva qualifiche delimita la struttura materiale del regime di protezione che corrisponde, a sua volta, all'obbligo internazionale di proteggere i beneficiari della protezione derivante dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU nonché che la direttiva qualifiche non può disciplinare la qualità di rifugiato in quanto quest'ultima è contenuta nella Convenzione di Ginevra oltre che negli obblighi di protezione garantiti dalla CEDU. Di conseguenza la qualità e le condizioni per beneficiare del regime di protezione accordato allo *status* di rifugiato sono contenute da fonti esterne a quelle del diritto dell'Unione europea: di conseguenza il Legislatore europeo può solamente definire la struttura dello *status* di protezione nel rispetto dei diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali.

Sempre nella medesima pronuncia la Corte provvede a precisare che lo *status* di rifugiato, ai sensi della direttiva 2011/95/UE, viene definito come il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un paese terzo o di un apolide quale rifugiato, il richiedente, a contrario, è «qualsiasi cittadino di un Paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non sia stata ancora adottata una decisione definitiva». Questa distinzione definitoria serve alla Corte per affermare che la natura dichiarativa dello *status* di rifugiato implica che la direttiva qualifiche non possa determinare una limitazione dei benefici riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra ai rifugiati; ciò determina un effetto inibitorio, in primo luogo, nei confronti dell'amplificazione della discrezionalità da parte del diritto europeo a favore dei legislatori nazionali circa l'effettività di tutela dei diritti dei rifugiati sanciti dalla Convenzione di Ginevra¹³¹.

In altri termini adottando un'interpretazione conforme della direttiva qualifiche la Corte arriva a sostenere come l'attuazione della stessa non può ammettere l'esercizio della discrezionalità legislativa dello Stato per quanto concerne il bilanciamento tra sicurezza e

¹²⁹ E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto di asilo*, in *Federalismi.it*, Focus Human Right, n. 2/2019.

¹³⁰ A.G. M. c *Ministerstvo Vnitra* C-391/16 e X (C-77/17) e X (C-78/17) c. *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*,

¹³¹ CGUE (Grande Sez.), sent. 14 maggio 2019 *M c. Ministerstvo Vnitra e X e X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, par. 89, in cui si richiama la precedente CGUE, sent. 24 giugno 2015, *H.T.*, C-373/13, punto 63.

tutela dei rifugiati qualora dovessero ricorrere delle ipotesi di respingimento contrastanti con la CEDU¹³².

In conclusione, quindi, “un soggetto qualificabile come rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra non può essere privato di tali diritti anche se ha commesso atti che mettono in pericolo la sicurezza nazionale e pubblica. Il Legislatore nazionale, l’amministrazione ed i giudici degli Stati membri dovranno dunque assicurare tale effetto utile alla direttiva qualifichè così interpretata dalla Grande Sezione”¹³³.

La disciplina primaria in ambito europeo si rinviene anche nell’art. 80 del TFUE il quale sancisce che «le politiche dell’Unione e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualevolta necessario, gli atti dell’Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell’applicazione di tale principio». Questa prescrizione nonostante definisca come un principio quello di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità non contiene, a sua volta, una base giuridica autonoma per l’adozione di atti derivati e nemmeno pone obblighi precisi in capo alle Istituzioni dell’Ue e agli Stati membri. Entrambi, infatti, possiedono ampia discrezionalità nel decidere sia l’an, sia il *quantum*, sia il *quomodo* delle misure solidaristiche al punto da non poter essere definiti quali destinatari di particolari obblighi positivi. La problematica principale è stata rinvenuta dalla considerazione secondo cui “la solidarietà [...] non ha raggiunto, allo stadio attuale del diritto UE, una *maturità* tale da permetterle di operare in senso generale e non invece limitato agli ambiti in cui essa viene in rilievo nonché alle diverse condizioni previste”¹³⁴.

Oltre a questo nell’ordinamento europeo è possibile rinvenire tre diverse accezioni della solidarietà. Una prima possiede un connotato di responsabilizzazione e presiede il rapporto

¹³² CGUE (Grande Sez.), sent. 14 maggio 2019 *M c. Ministerstvo Vnitra* cit. par. 94 .

La Corte, nella medesima direzione, sostiene come la direttiva lasci un margine di discrezionalità agli Stati per quanto concerne il bilanciamento tra protezione del rifugiato e sicurezza ma solamente per quanto concerne il titolo di soggiorno del rifugiato stesso. CGUE (Grande Sez.) *M c. Ministerstvo Vnitra* , cit., par. 103

¹³³ E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto di asilo, op., cit., p. 32.*

¹³⁴ G. Morgese, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?* In *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 28.12.2020, p. 18. Per l’Autore questo dipende da diversi fattori quali: la mancanza di una definizione compiuta di solidarietà all’interno dei Trattati, e negli atti derivati, l’impossibilità di ricondurla al nucleo dei valori in senso stretto all’art. 2 TUE, la difficoltà di ricavare dai principi di solidarietà degli artt. 21 TUE e 80 TFUE elementi ulteriori rispetto a quelli che emergono dal loro contenuto.

tra Istituzioni e Stati membri, la seconda possiede funzione riequilibratoria nel senso che è diretta non solo a portare equilibrio tra le diverse condizioni di partenza ma anche a attenuare le difficoltà che possono sorgere dall'applicazione del diritto dell'Ue, infine, la terza, definibile come emergenziale, concerne la reciproca assistenza tra Stati qualora dovessero verificarsi situazioni di elevata difficoltà contingente o di vera crisi.

Durante l'anno 2015, a seguito della crisi migratoria sulla rotta turco-balcanica, sono state approvate due decisioni¹³⁵ in forza delle quali è stata disposta la ricollocazione di emergenza di 40.000 e 120.000 richiedenti protezione internazionale da Italia e Grecia verso altri Stati derogando quindi al sistema Dublino¹³⁶. Nel 2016 venne proposto, ad opera della Commissione, un pacchetto di riforma del sistema europeo comune di asilo all'interno del quale vi era la proposta di modifica del regolamento Dublino III¹³⁷. Questa non venne approvata dalle Istituzioni dell'Ue a causa dell'impossibilità di ottenere in seno al Consiglio Ue una posizione condivisa sia sul meccanismo di assegnazione proposto dalla Commissione sia in relazione agli emendamenti approvati nel novembre 2017 da parte del Parlamento europeo¹³⁸.

Gli ultimi anni sono stati caratterizzati da quello che può essere definito il meccanismo delle ricollocazioni *ad hoc*: si tratta di una soluzione transitoria e coordinata dalla Commissione che ha assunto un carattere regolare a partire dalla *politica dei porti chiusi* adottata dal Governo italiano nell'estate del 2018¹³⁹.

All'interno di questo contesto si innestano le disposizioni solidaristiche contenute nel Patto del 23 settembre 2020 e declinate, successivamente, nelle proposte Gestione e Crisi.

Leitmotiv del Patto è il principio secondo cui tutti gli Stati devono contribuire alla solidarietà per far sì che ognuno di essi assuma le proprie responsabilità alla luce di un

¹³⁵ 2015/1523 e 2015/1601. Si tratta di due atti, che prevedevano la ripartizione delle quote di richiedenti da ricollocare per ciascun Stato e la prima era rimessa al sistema tradizionale ossia sulla modalità della volontaria disponibilità di ciascuno Stato, motivo per cui ha ricevuto un'applicazione solamente parziale.

¹³⁶ Decisioni 2015/1523 del Consiglio, del 14.9.2015 in *GUUE* L 239 del 15.9.2015, p. 146 nonché 2015/1601 del Consiglio, del 22.9.2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in *CUUE* L 248 del 24.9.2015, p. 80.

¹³⁷ COM (2016) 270 final, 4.5.2016.

¹³⁸ M. Di Filippo, *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, pp. 41. D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 463.

¹³⁹ M. Carta, *Il criterio dello Stato di primo ingresso, secondo il regolamento Dublino III, in occasione degli interventi Search and Rescue (SAR)*, in *federalism.it*, Focus Human Rights, n. 3/2018. E. Papastavridis, *Recent "Non-Entrée" Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of "Refoulement"?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 493.

principio di proporzionalità¹⁴⁰. Allo stesso tempo emerge che alcuni Stati non sarebbero vincolati in modo automatico alla proposta Gestione nell'ipotesi in cui detta Gestione venisse approvata. Si deve rammentare che Irlanda e Danimarca possiedono una posizione peculiare rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in applicazione dei Protocolli n. 21 e 22 allegati ai Trattati Ue e quindi la loro partecipazione potrebbe avvenire solamente a seguito di un'apposita notifica¹⁴¹. Ulteriore considerazione concerne che al sistema Dublino partecipano anche Stati definibili come «associati» rispetto all'Unione Europea (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera) per la cui adesione sarebbe richiesta una notifica.

L'aspetto peculiare della proposta Gestione è dato dall'approccio al tema della solidarietà per quanto concerne il settore asilo e migrazione: secondo questo documento, infatti, l'attenzione prevalente deve essere rivolta alle esigenze degli Stati, sullo sfondo rimarrebbero quelle dei richiedenti asilo. Questo atteggiamento risulta essere “coerente con l'impianto dell'intero Patto e degli atti collegati, i quali, in linea con la tendenza ormai prevalente in Europa, affrontano il fenomeno migratorio non in quanto tale – in un'ottica, cioè, che metta sullo stesso piano concettuale i migranti quali titolari di diritti anche fondamentali – bensì al più limitato fine di stemperare le tensioni tra Stati”¹⁴².

Per raggiungere l'obiettivo appena esposto la tecnica utilizzata pone i meccanismi solidaristici quali «terza linea di difesa»¹⁴³ a partire dall'esterno: questi meccanismi verrebbero azionati solamente dopo che il contenimento dei flussi derivanti dalla cooperazione con Paesi terzi¹⁴⁴, i filtri preliminari e l'attuazione di alcuni criteri del Regolamento Dublino utili per individuare lo Stato membro competente¹⁴⁵ si fossero rilevati inefficienti ed insufficienti.

Alla luce di questo si può sostenere come la Commissione nell'elaborare la propria

¹⁴⁰ COM (2020) 609, p. 2.

¹⁴¹ Si tratta di una notifica che produrrebbe i propri effetti per l'Irlanda alla luce dell'art. 3 del Protocollo n. 21, per la Danimarca in base all'art. 3 dell'Accordo stipulato tra questo Stato e la Comunità europea nel 2006.

¹⁴² G. Morgese, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, op. cit., p. 23.

¹⁴³ SPEECH/20/1736, del 23.9.2020.

¹⁴⁴ P. García Andrade, *EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: new instruments for a new paradigm?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 8 dicembre 2020, eumigrationlawblog.eu. E. Guild, *Negotiating with Third Countries under the New Pact: Carrots and Sticks?*, *ivi*, 27.11.2020.

¹⁴⁵ J. Vedsted-Hansen, *Admissibility, border procedures and safe country notions*, in *ASILE Forum Contributions on the new EU Pact on Migration and Asylum*, 18 novembre 2020, www.asileproject.eu.

proposta non abbia preso in considerazione la posizione espressa dal Parlamento europeo nel 2017 che avanzava quale proposta quella non solo di abolire il criterio dello Stato di primo ingresso ma anche di introdurre una ricollocazione obbligatoria e permanente di tutti i richiedenti giunti sul territorio europeo. In secondo luogo contraddice altresì la volontà che viene espressa nel Patto, ossia quella di offrire un nuovo punto di partenza, un nuovo inizio¹⁴⁶.

Le proposte di misure da adottare sono la ricollocazione e i rimpatri sponsorizzati.

La prima, art. 2 lett. u) della proposta Gestione, indica la ricollocazione come il trasferimento di un cittadino di Paese terzo o di un apolide dal territorio dello Stato membro beneficiario a quello dello Stato membro di contribuzione¹⁴⁷. Possono essere ricollocati, alla luce di detta proposta, cinque categorie di individui: coloro che chiedono protezione internazionale non soggetti alla procedura di frontiera, (art. 45, par. 1, lett. a)), i beneficiari di protezione internazionale a cui quest'ultima sia stata riconosciuta da meno di tre anni (par. 1, lett. c)), i richiedenti soggetti alla procedura di frontiera (par. 2, lett. a)), i cittadini di Paesi terzi in condizione di soggiorno irregolare (par. 2, lett. b)); e, infine, quei cittadini di Paesi terzi in condizione di soggiorno irregolare per i quali il periodo di 8 mesi per il rimpatrio sponsorizzato sia decorso infruttuosamente (art. 55, par. 2).

La distinzione appena prospettata risulta essere funzionale per la definizione dell'ambito di applicazione della ricollocazione andando quindi ad escludere il trasferimento dei richiedenti soggetti alla procedura in frontiera e dei soggiornanti irregolari dai meccanismi per gli sbarchi dopo le operazioni SAR.

Un aspetto problematico concerne la ricollocazione di coloro i quali possiedono già lo *status* di protezione internazionale e che nello Stato beneficiario della misura hanno eventualmente già avviato un percorso di integrazione socio-territoriale. La proposta avanzata nei confronti di detti soggetti è affiancata da due cautele: se da un lato non possono essere trasferiti in mancanza di consenso scritto (art. 57, par. 3), dall'altro si deve garantire, in modo automatico, nello Stato di destinazione, lo *status* di protezione equipollente a quello di cui godevano nello Stato beneficiario dal quale provengono (art. 58, par. 4).

¹⁴⁶ Nel Patto COM (2020) 609 viene affermato che «la Commissione ritiene che il risultato sia un equilibrio tra interessi e necessità che merita il sostegno di tutti», p. 23.

¹⁴⁷ Questo risulta differenziarsi dalla definizione contenuta nell'art. 2 lett. e) secondo cui la ricollocazione viene definita quale «il trasferimento del richiedente dal territorio dello Stato membro che i criteri di cui al capo III del regolamento [Dublino III] designano come competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, verso il territorio dello Stato membro di ricollocazione».

La seconda misura proposta è quella del rimpatrio sponsorizzato: viene definito come Stato sponsor quello che si impegna a rimpatriare cittadini di Paesi terzi irregolari a beneficio di un altro Stato attraverso la sponsorizzazione dei rimpatri dell'art. 55 (art. 2, lett. t)). La sponsorizzazione del rimpatrio, per lo Stato sponsor, consiste nello svolgimento di una o più attività indicate dall'art. 55, par. 4, ossia: consulenza sul rimpatrio e sulla reintegrazione degli individui in condizione irregolare, assistenza logistica, finanziaria, e altra tipologia di assistenza materiale o in natura diretta al rimpatrio volontario, dialogo politico e scambio con i Paesi terzi per agevolare la riammissione, attività svolte insieme ai Paesi terzi al fine di verificare l'identità dei rimpatriandi e ottenere validi documenti di viaggio ed infine l'organizzazione pratica dei rimpatri per conto dello Stato beneficiario¹⁴⁸.

La proposta in esame, all'art. 45 par. 1, lett. d), individua altre misure solidaristiche tra Stati, cioè: lo sviluppo di capacità nei settori dell'asilo, dell'accoglienza e del rimpatrio, il sostegno operativo e la cooperazione con i Paesi terzi. Sono delle misure che gli Stati contributori possono indicare in modo volontario, nelle situazioni ordinarie, oppure in via alternativa alle ricollocazioni e ai rimpatri sponsorizzati nelle situazioni SAR o di pressione migratoria.

I meccanismi solidaristici contenuti nelle proposte Gestione e Crisi vengono applicati a diverse situazioni e, a tal fine, è necessario distinguere tra situazioni ordinarie e straordinarie.

Partendo dalle prime si deve richiamare l'art. 56 il quale, rubricato «altri contributi solidaristici» disciplina le richieste degli Stati per ottenere sostegno solidaristico sul proprio territorio al fine di prevenire pressioni migratorie. Si tratta di una solidarietà caratterizzata da flessibilità; lo Stato che avanza la richiesta di solidarietà deve notificarlo alla Commissione e, in capo agli altri Stati, è prevista la facoltà di rispondere in qualsiasi momento alla richiesta nonché di offrire la propria solidarietà anche in assenza di richieste specifiche. Quest'ultimo deve notificare la propria disponibilità alla Commissione oltre a provvedere a redigere il *Piano di sostegno solidaristico* previsto dall'allegato IV della

¹⁴⁸ Risulta essere stabilito altresì un tempo massimo entro il quale la sponsorizzazione dei rimpatri deve essere eseguita. Si distinguono due ipotesi. La prima è quella del soggetto irregolare che sia destinatario di un provvedimento di rimpatrio; in questo caso se lo Stato sponsor non provvede entro otto mesi al rimpatrio o alla rimozione dell'individuo dal territorio ha l'obbligo di trasferirlo sul proprio territorio adottando le procedure di ricollocazione. Qualora, invece, il soggetto non sia destinatario di un provvedimento di rimpatrio l'obbligo dello Stato sponsor decorre, in modo alternativo, dalla data in cui detta decisione viene adottata oppure dalla data in cui il richiedente, a seguito del rigetto della domanda di protezione internazionale, non possiede più il diritto di rimanere sul territorio dello Stato beneficiario.

Gestione.

Per quanto concerne le situazioni straordinarie esse sono applicabili nelle ipotesi in cui si verificano sbarchi ricorrenti in occasione di operazioni di SAR. L'aver introdotto delle misure specifiche al ricorrere dell'ipotesi appena menzionata deriva dalle caratteristiche intrinseche alla migrazione via mare nonché dal complesso quadro normativo formato dalle norme internazionali sul diritto del mare, da quelle relative alle operazioni di ricerca e di soccorso nonché dai criteri di competenza contenuti nel Regolamento di Dublino.

Questo secondo meccanismo si applica solamente agli arrivi via mare¹⁴⁹ derivanti da sbarchi ricorrenti generati da operazioni SAR con la conseguenza che restano esclusi gli arrivi via mare occasionali, ricomprendendo in quest'ultima fattispecie anche quelli definiti come fantasma e le operazioni SAR occasionali. Ulteriore ambito di applicazione è dato dalle richieste dei ricorrenti vulnerabili a prescindere dalla modalità con cui hanno attraversato le frontiere esterne qualora la loro presenza determini problemi di capacità nello Stato di arrivo (art. 49, par. 4). Questa procedura si attiva a prescindere da una richiesta esplicita proveniente dagli Stati interessati dai ricorrenti sbarchi in seguito allo svolgimento di operazioni SAR ma dai risultati emergenti nella *Relazione sulla gestione della migrazione*, ossia nel documento redatto annualmente dalla Commissione che delinea l'evoluzione che avrà la situazione migratoria in relazione alla preparazione dell'Ue e degli altri Stati membri (art. 6, par. 4). Se la relazione, e quindi la Commissione nella sua piena discrezionalità, indica che uno o più Stati membri si trovano a dover gestire sbarchi ricorrenti o gestire richieste vulnerabili, devono indicare il numero totale degli sbarchi previsti nel breve periodo e le misure solidaristiche definite come necessarie. Successivamente la Commissione, entro due settimane, invita tutti gli Stati a fornire i propri contributi di solidarietà da rapportate alla situazione da affrontare specificando il numero totale di richiedenti non soggetti a procedura frontiera che devono essere ricollocati in ogni Stato contributore.

Infine vi è un ulteriore meccanismo, predisposto dalla Commissione, da applicare alle situazioni di crisi, ossia quelle situazioni connotate da un elevato numero di arrivi. In questa ipotesi la contribuzione solidaristica subisce un rafforzamento sotto l'aspetto dei tempi di reazione e dell'ampliamento della ricollocazione obbligatoria. Si tratta di un adattamento

¹⁴⁹ Per approfondire la problematica degli sbarchi C. Casiello e M.E. Venditti, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE-Online*, n. 2/2019, pp. 947-981.

del meccanismo predisposto per la gestione delle situazioni di pressione migratoria contenuta nella proposta Gestione condividendo con lo stesso meccanismo la finalità, ossia la tutela del sistema: essa garantisce solidarietà immediata agli Stati di frontiera esterna nonché a tutti gli altri Stati nella proporzione in cui contribuisce ad evitare o ridurre eventuali movimenti secondari incontrollati.

Le modalità appena descritte sono state definite quali “via di fuga” che, ex art. 9 proposta Crisi, opera a favore degli Stati contributori per sottrarsi temporaneamente ai loro obblighi solidaristici¹⁵⁰. Gli Stati nell’ipotesi in cui si trovino in una situazione di forza maggiore che impedisca loro di adempiere a detti obblighi devono notificare la loro condizione tempestivamente alla Commissione e agli altri Stati membri indicando le ragioni nonché fornendo le informazioni necessarie. Successivamente all’atto di notifica si realizza una deroga alla solidarietà che opera *de jure* ossia senza che la Commissione svolga una valutazione nel merito; la sospensione degli obblighi ha durata di sei mesi. Una volta terminata questa situazione di impedimento è onere degli Stati provvedere a notificare il mutamento delle circostanze, a partire da detto momento riprende a decorrere la tempistica per l’attuazione dei loro obblighi.

7. Conclusioni.

A conclusione del percorso dichiarato all’inizio di questo breve contributo si osserva come, da un punto di vista strettamente letterale, la maggior coerenza in materia di tutela del richiedente asilo si rinviene nell’art. 10, c. 3 Cost. nonostante lo stesso risulti essere sostanzialmente disatteso nella propria applicazione. Nel momento in cui si innalza l’analisi al contesto europeo e sovranazionale si assiste ad un atteggiamento di reazione nei confronti di questo istituto.

In ambito europeo, infatti, le politiche sono tutte preordinate ad impedire e fronteggiare l’abuso del diritto d’asilo; a livello internazionale, invece, la concezione di fondo è quella non del diritto d’asilo in capo ai soggetti ma del diritto degli Stati sovrani di accordare protezione ai soggetti che la richiedono.

¹⁵⁰ G. Morgese, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, op. ult., cit., p. 41.

La soluzione è quella di ritornare alla Costituzione italiana la quale rappresenta, in questa materia, “e fondamenta di un edificio giuridico democratico sia in quanto garantisce a ciascuna persona i ‘diritti inviolabili’, fornisce gli anticorpi necessari a smantellare la politica delle esternalizzazioni e dei rimpatri rapidi”¹⁵¹.

Si è consapevoli delle problematiche che il fenomeno migratorio comporta e della necessità di affrontare lo stesso non solo da un punto di vista strettamente filosofico-giuridico ma soprattutto materiale di gestione includendo quindi non solo lo stanziamento di risorse economiche ma anche sanitarie, sociali e di inclusione in senso ampio.

Nonostante le diverse difficoltà che la gestione di flussi migratori incontra essa rappresenta una sfida che dovrebbe essere affrontata in un quadro di politiche europee comuni ricordando soprattutto che il diritto d’asilo racchiude in sé stesso non solamente dei diritti ma anche dei doveri.

Abstract: Il diritto d’asilo integra un tema che da sempre anima la riflessione giuridica per l’importanza che ha assunto all’interno del diritto internazionale. Con questo breve saggio si vuole evidenziare la diversa ideologia e filosofia alla base di questo istituto, mettendo a confronto l’ordine interno, quello europeo e infine quello internazionale. Questa analisi sarà preceduta da un’analisi delle origini storiche e filosofiche dell’asilo e del rapporto tra richiedente asilo e rifugiato

Abstract: The right of asylum integrates a theme that has always animated legal reflection because of the importance that it has assumed within international law. With this short essay we want to highlight the different ideology and philosophy that exists at the base of this institute by comparing the internal order, the European one and finally the international one. This analysis will be preceded by an analysis of the historical and philosophical origins of asylum and the relationship between the asylum seeker and the refugee.

Parole chiave: diritto di asilo – rifugiato – diritto costituzionale italiano – diritto internazionale – diritto dell’unione europea.

¹⁵¹ A. Algostino, *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, pp. 180-181.

Key words: right of asylum – refugee – italian constitutional law – international law – european law.

RECENSIONE A V. FAGGIANI, *LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DEL VELO ISLÁMICO: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO DESDE EL ESPACIO EUROPEO*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2020.

di Natascia Marchei^{**}

170

Il velo indossato da donne di religione islamica nello spazio europeo ha assunto, negli ultimi decenni, un peculiare valore simbolico e divisivo che ha travalicato il significato di questo come mero abbigliamento religioso.

Infatti, molti Stati appartenenti all'Unione europea – definiti nel libro della Prof.ssa Faggiani “*prohibicionistas*” – davanti alla scelta delle donne musulmane di indossare il velo come parte integrante della propria identità hanno reagito con disposizioni restrittive che hanno assunto non di rado i toni di uno “scontro di civiltà”.

Il velo, in particolare, è interpretato come simbolo che veicola e evoca valori eterodossi, non conformi alla cultura dominante e comunque in contrasto con principi costituzionali sentiti e vissuti come irrinunciabili.

Per convincersene è sufficiente leggere la decisione del Consiglio costituzionale francese sulla conformità a Costituzione della legge *antiburqa* del 2010.

La legge, come è noto, ha introdotto un divieto generalizzato di indossare in luoghi pubblici (comprese le pubbliche vie o piazze) indumenti che coprano integralmente il volto.

Nonostante il divieto non riguardi espressamente il *burqa* o il *niqab* ma qualunque indumento in grado di nascondere il viso (quindi, ad esempio anche caschi o passamontagna) la decisione è ricca di riferimenti al principio di uguaglianza tra uomini e donne che sarebbe messo in discussione dall'utilizzo del velo integrale o, ancora, al principio di dignità della donna ed alla possibilità di guardarsi il volto come fondamento irrinunciabile del vivere civile. Secondo i giudici, in particolare, «les femmes dissimulant

^{**} Professore ordinario di diritto canonico ed ecclesiastico – Università degli Studi di Milano-Bicocca.

leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité».

Anche il principio della necessaria neutralità dello spazio pubblico è spesso richiamato in queste normative restrittive quale, sempre per rimanere in Francia, la legge *antivele* del 2004 che vieta di entrare negli edifici scolastici con simboli ostentatori della propria appartenenza religiosa.

È chiaro in queste disposizioni il richiamo ad un ordine pubblico inteso non solo in una prospettiva materiale (quale la sicurezza pubblica) ma altresì e soprattutto in una prospettiva ideale.

Più precisamente, questo ordine pubblico ideale che legittima la restrizione è costituito da valori primari e irrinunciabili della civiltà *occidentale* quali la libertà, l'uguaglianza o la neutralità dello spazio pubblico che rischiano di essere messi in discussione da un capo di abbigliamento che simboleggi valori non compatibili.

Nel libro sono prospettati una serie di atteggiamenti degli Stati europei, da quello più rigido, che prevede anche divieti generalizzati al porto di simboli che rivelano l'appartenenza religiosa, a quello più liberale che evita il ricorso a specifiche leggi *ad hoc*. Peraltro, anche in Paesi che hanno adottato fino ad ora una soluzione liberale, tra cui l'Italia, sono stati emanati negli ultimi anni provvedimenti di segno restrittivo.

Per fare un solo esempio – ma eloquente – si può ricordare la delibera della Regione Lombardia del 2015 che vieta di entrare e di circolare in alcuni locali pubblici regionali quali gli ospedali con il volto coperto.

Il documento, che nelle premesse contiene, come ragione giustificatrice della misura, il necessario inasprimento della tutela della sicurezza pubblica dopo gli attentati di Parigi dello stesso anno, è stato confermato dal Tribunale di Milano e più recentemente dalla Corte d'Appello di Milano che si è richiamata anch'essa a ragioni di sicurezza.

È appena il caso di precisare che, anche in questo caso, le asserite ragioni di sicurezza si confondono con un ordine pubblico ideale posto che non è riscontrabile un concreto collegamento tra gli attentati di Parigi del 2015 e il divieto di ingresso nei locali pubblici con il volto coperto.

È evidente dunque che la legittimazione al divieto di indossare il velo oscilla tra ragioni di ordine pubblico ideale, tra le quali campeggiano la necessaria neutralità dello spazio

pubblico o la pari dignità tra uomo e donna e ragioni di ordine pubblico materiale tra le quali ha forte attrattiva l'obbligo di generale riconoscibilità delle persone a garanzia della sicurezza pubblica.

La *questione del velo* ha assunto una tale centralità dello spazio europeo da richiedere a più riprese l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione, da parte degli Stati che hanno introdotto disposizioni restrittive, dell'art. 9 della Convenzione (libertà di pensiero, coscienza e religione).

Il tortuoso percorso della Corte – ben illustrato nel libro – mostra di interpretare la ragione giustificatrice (scopo legittimo) dell'ordine pubblico (sia ideale sia materiale) con sempre minore ampiezza.

Come è noto, infatti, la Corte europea ha da tempo affermato che il principio di neutralità dello spazio pubblico può legittimamente restringere il diritto di libertà religiosa solo nei casi in cui lo spazio pubblico sia istituzionalizzato (scuola, università, tribunale, ospedali pubblici) o nei casi in cui la persona interessata abbia un ruolo pubblico (insegnanti, impiegati pubblici ecc.).

Fuori da questi casi il diritto di libertà religiosa torna ad espandersi e le disposizioni restrittive fondate su ragioni di neutralità delle istituzioni pubbliche non potrebbero essere così generalizzate da impedire ad un semplice cittadino di circolare nelle vie e nelle piazze con un abbigliamento che abbia un significato religioso.

Anche in relazione allo scopo legittimo della sicurezza pubblica la Corte non mostra di avallare divieti generalizzati al porto di veli (anche integrali) o copricapi ma è ormai costante nell'affermare che è necessario che, nel caso concreto, ricorrano concreti rischi per la sicurezza o che si tratti di situazioni particolari nelle quali l'obbligo di riconoscimento sia espressamente previsto (ingresso negli aeroporti o in pubblici uffici).

Queste parziali aperture della giurisprudenza della Corte europea rivelano una sempre più chiara percezione da parte dei giudici della scelta di indossare il velo, integrale o no, come un aspetto del diritto di libertà religiosa, tutelato dall'art. 9 della Convenzione europea.

È solo di recente che le sentenze hanno incominciato a valutare la serietà e la profondità delle motivazioni poste a base di questa decisione e a riconoscere a questa un peso importante nel giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti.

La presa di coscienza che la questione del velo islamico può essere letta non solo nell'ottica, che a volte sembra prevalere, dello *scontro di civiltà* ma anche e soprattutto nell'ottica del

riconoscimento di spazi di libertà per l'emersione di scelte religiose e identitarie sembra condurre la Corte di Strasburgo verso soluzioni impreviste.

È molto recente, infatti, la prima sentenza in cui la Corte ha condannato uno Stato per violazione dell'articolo 9 della CEDU in relazione al porto del velo in un luogo pubblico (nella fattispecie concreta di trattava di un'aula di tribunale).

Resta da vedere se questo nuovo orientamento *liberale* sarà confermato nel prossimo futuro e, soprattutto, se sarà seguito da quegli Stati membri che hanno scelto e continuano a scegliere una strada rigorosamente proibizionista.

LO “*STRESS TEST*” DELLO STATUTO UNICO DEL MAGISTRATO ONORARIO (D. LGS. N. 116/2017) TRA PROGETTI DI CONTRORIFORMA, COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI E TUTELA EUROUNITARIA DEL LAVORATORE CONTRO L’ABUSO DELLA REITERAZIONE DEI CONTRATTI A TERMINE*.

174

di Pasquale Serrao d’Aquino **

Sommario. 1. La riforma organica della magistratura onoraria: la conformità ai principi costituzionali e alla normativa sovranazionale. – 2. I tratti essenziali della Riforma Orlando e i nodi problematici: la ridotta autonomia dei magistrati onorari, le limitazioni funzionali e l’insufficienza delle tutele. – 3. Il progetto di riforma del d.lgs. n. 116/2017. – 3.1. Il regime attuale delle incompatibilità e le modifiche proposte. – 3.2. I trasferimenti. – 3.3. La previsione di un vero e proprio sistema disciplinare. – 3.4. La normativa dedicata ai giudici onorari di pace già in servizio. – 3.5. La riduzione della pianta organica. – 4. Il contenzioso alimentatosi con la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sezione II, del 16 luglio 2020 nella causa C-658/18 (causa U.X. contro il Governo della Repubblica Italiana). – 5. Riflessioni conclusive.

1. La riforma organica della magistratura onoraria: la conformità ai principi costituzionali e alla normativa sovranazionale.

Il contenzioso insorto da alcuni anni per il riconoscimento ai magistrati onorari delle tutele lavoristiche previste dalla normativa eurounitaria è solo uno dei molteplici fattori dello *stress test* a cui è sottoposta la riforma Orlando.

Spinte opposte rendono inadeguato l’attuale quadro ordinamentale.

Da un lato si pone il disegno del Costituente: l’art. 106 Cost., comma 2¹, per la quale la legge «può» ammettere la nomina «anche elettiva», la loro presenza solo eventuale,

* *Sottoposto a referaggio.* Testo rielaborato della Relazione “*La riforma introdotta con il D.lgs. 116/2017: profili generali e disciplina transitoria*”, svolta il 25 febbraio 2021 in occasione del Corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura “*Lo Statuto del Magistrato Onorario*”, Cod. P12015.

** Magistrato – Ufficio studi del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹ S. Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1991.

l'impossibilità di creare una seconda categoria di magistrati pubblici-funzionari diversi da quelli ordinari per l'unità della giurisdizione e l'accesso necessariamente tramite concorso (art. 106, comma 1 Cost.), la dubbia legittimità del ricorso dell'assegnazione ai magistrati di funzioni collegiali (non del tutto in linea sempre con il comma 2 sempre dell'art. 106 Cost.), la necessità di garantire anche a questi ultimi indipendenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 101 Cost.).

Dall'altro lato si collocano, invece, le consolidate origini storiche di diverse figure di magistrato onorario (e, in particolare, il forte radicamento della giurisdizione del conciliatore)² l'abbandono del modello di giudice di prossimità destinato a decidere le cause di modico valore secondo equità – a cui si pensava con l'istituzione del giudice di pace nel 1991 – in favore di un giudice con competenze e professionalità maggiori, lo stabile affidamento ai giudici onorari di tribunale di ruoli autonomi in tribunale, la dipendenza dell'ufficio requirente dai VPO per la celebrazione di buona parte delle udienze monocratiche, il ricorso a diverse forme di magistrato onorario per ridurre il *judicial backlog* in corte d'appello e presso la sezione tributaria della cassazione (giudici aggregati e ausiliari), la suddivisione dei tribunali in moduli organizzativi costituiti dall'ufficio per il processo, dove il GOP viene a svolgere il ruolo di coadiutore del giudice, non del tutto indipendente.

La necessità di un adeguamento interno alla normativa euronitaria, peraltro, non è un problema solo nazionale perché la diffusa assegnazione di affari a magistrati non professionali, ai quali non trovano applicazione i diritti previdenziali riconosciuti ai lavoratori dipendenti, costituisce una soluzione ricorrente negli altri ordinamenti europei (v. *infra*).

Dando un breve sguardo agli altri Stati europei, il rapporto CEPEJ del 2018³ evidenzia che quasi tutti gli Stati dell'Europa occidentale ricorrono a giudici non professionali (*lay*

² Si rinvia sul punto a D. Freda, *Il mito ricorrente del giudice di pace: dal Justice of the Peace inglese al conciliatore post-unitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1292 ss. V. anche P. Serrao d'Aquino, *L'evoluzione ordinamentale della magistratura onoraria. Il ruolo del CSM*, in *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195) (parte seconda)*, *Foro it.*, II, pp. 104-111.

³ Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia costituita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel settembre del 2002.

judges)⁴, mentre diversi Stati dell'ex blocco sovietico (Russia, Lituania, Lettonia, Ucraina, Romania, Bulgaria, Albania) ma anche Grecia e Portogallo ne sono tendenzialmente privi⁵. Tale rapporto consente di apprezzare che il numero di magistrati non professionali negli stati europei rispetto a quelli professionali è molto più alto che in Italia⁶. Quasi ovunque essi sono in linea generale volontari, di riconosciuta esperienza e onorabilità professionale e sono compensati per le spese da loro sostenute e, solo in alcuni casi, anche per il lavoro estemporaneamente reso; assumono, comunque, decisioni vincolanti nei Tribunali e possono giudicare sia all'interno delle Corti componendo i collegi formati dai giudici professionali, sia come giudici monocratici.

Una più meditata riflessione su questa costante europea della magistratura onoraria consentirebbe una linea di azione più definita a presidio della qualità della risposta di giustizia da parte di questo settore della giurisdizione.

Non solo, peraltro, si tratta di ragionare sulle garanzie lavoristiche dei magistrati onorari in una più ampia prospettiva europea, ma occorre anche tener conto della necessità di una loro indipendenza come sottolineata anche dalle fonti internazionali.

Il citato rapporto CEPEJ 2018, nel premettere che i *lay judges* rispondono a una «legittima domanda di prossimità e tempestività» segnala come non vi sono obiezioni al ricorso di magistrati non professionali fondate sull'art. 6, par. 1, secondo la giurisprudenza costante della Corte EDU (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere v. Belgique*, app. n. 6878/75; 7238/75, 23/06/1981, §§ 57 et 58 e più recentemente *Ibrahim Gürkan v. Turkey*, app. n. 10987/10, 3/07/2012) e che, tuttavia, la «garanzia di una giustizia di qualità conforme agli standards Europei», implica il rispetto di «*all of the principles established on the basis of the fundamental requirement of impartiality apply to non professional judges in the same way as to professional judges (Langborger v. Suède, app. n° 11179/84, 22/06/1989, §§ 34-35 ; Cooper v. Royaume-Uni [GC], app. n° 48843/99, 16/12/2003, § 123)*» (rapporto CEPEJ 2014).

⁴ Chiarendo che i cittadini che compongono le giurie sono (in 19 Stati), dovrebbero, in linea di principio essere esclusi da tali categorie.

⁵ Cfr. A. Di Florio, *Introduzione: il rilievo della magistratura onoraria in Italia ed in Europa. Relazione tenuta al corso "Magistratura onoraria e processo civile". Scuola superiore della magistratura, 2016 corso n. 16037.*

⁶ In Italia n. 6.395 giudici professionali e n. 3.522 onorari. Ed esempio in Germania a fronte di n. 19.867 giudici professionali vi sono ben 91.717 *lay judges*, mentre nel Regno Unito vi sono n. 1.760 giudici professionali, n. 6.479 giudici a tempo parziale e n. 16.296 giudici non professionali, in Francia n. 6.995 giudici professionali e n. 24.925 *lay judges*.

2. I tratti essenziali della Riforma Orlando e i nodi problematici: la ridotta autonomia dei magistrati onorari, le limitazioni funzionali e l'insufficienza delle tutele.

Ripercorrendo in sintesi le direttrici dell'introduzione dello “*statuto unico della magistratura onoraria* applicabile indifferentemente ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale ed ai viceprocuratori onorari”⁷ e attuato con la legge n. 57/2016⁸ e con il successivo decreto legislativo n. 116/2017, è possibile evidenziarne le criticità⁹ e valutare l'adeguatezza delle nuove proposte di riforma a risolvere i problemi sopra evidenziati.

Il d.lgs. n. 116/2017 ha previsto una disciplina omogenea relativamente alle modalità di accesso al tirocinio, alla durata dell'incarico, alla conferma, all'attribuzione di compiti di supporto al magistrato ordinario, determinando, conseguentemente, la necessità di un ampio intervento di normazione secondaria da parte del Consiglio, avente ad oggetto tanto la fase transitoria, quanto la riorganizzazione, a regime, degli uffici del tribunale, della procura e del giudice di pace.

I giudici onorari di pace attualmente si distinguono, pertanto, solo per le funzioni (art. 9, comma 4), in giudici che esercitano presso l'ufficio del giudice di pace la giurisdizione in materia civile e penale e la funzione conciliativa in materia civile secondo le disposizioni dei codici di procedura civile e penale e delle leggi speciali; giudici assegnati all'«ufficio per il processo».

Caratteristiche principali della nuova figura di magistrato onorario sono la *temporaneità* e la *non esclusività* dell'incarico (rinnovabile per una sola volta e da espletare al massimo due giorni a settimana), previsti dall'art. 1, comma 3, del decreto legislativo.

Tale opzione di fondo sulla natura dell'incarico risulta coerente con le norme costituzionali, posto che l'inserimento dei magistrati onorari nella giurisdizione «non può e non deve

⁷ Lo statuto unico, in considerazione della sua coerenza con l'interpretazione dell'art. 106 Cost. offerta dalla Corte costituzionale (Corte cost., sentenza n. 103/1998), era stato auspicato dal Consiglio nel parere adottato nella seduta plenaria del 16 dicembre 2015, relativamente al disegno di legge A.S. 1738, poi concretizzatosi nella citata legge delega n. 57/2016.

⁸ Così la delibera plenaria del 15 giugno 2017 con cui il CSM ha emanato il parere previsto dall'art. 3 di tale legge.

⁹ Per rilievi critici alla riforma, v. G. Scarselli, *La riforma della magistratura onoraria, un ddl che mira ad altri obiettivi e va interamente ripensato*, in www.questionegiustizia.it, 13 luglio 2015.

incidere sullo 'stato' del magistrato tanto da trasformare l'incarico temporaneo in un sostanziale incardinamento in un ufficio; con il rischio dell'emergere di una nuova categoria di magistrati» (Corte Cost., sent. n. 103/1998; v. Corte Cost. sent. n. 103/1998 e n. 99/1964).

Anche sul piano *retributivo* si perviene a una tendenziale unitarietà del trattamento per tutti i magistrati onorari. Prevedendo una indennità fissa e una quota variabile la cui ridotta misura ha sollevato forti proteste delle associazioni di categoria.

All'unificazione statutaria dei magistrati onorari si accompagna una estrema diversità sia delle funzioni in concreto svolte sia del rapporto con la magistratura togata: la destinazione all'ufficio per il processo (istituito con il d.l. n. 90/2014), obbligatoria per il primo biennio (art. 9, comma 4); l'assegnazione all'ufficio per il giudice di pace o come viceprocuratori onorari.

La prima di tali collocazioni risulta la più innovativa e delicata sul piano della compatibilità con i principi costituzionali. Il GOP idealmente ha il ruolo di coadiuvare il magistrato togato, più che di operare in proprio, svolgendo: a) attività di tipo *preparatorio*, priva di carattere giurisdizionale (organizzazione dell'udienza, studio, predisposizione di minute, etc.), sotto la direzione e il coordinamento del magistrato professionale, in modo non troppo dissimile da quello dei tirocinanti ex art. 73 o dei magistrati ordinari in tirocinio; b) attività giurisdizionale delegata dal magistrato togato, di tipo esclusivamente *endoprocedimentale* o, comunque non definitorio della controversia (qualsiasi attività di trattazione e istruttoria, oltre al tentativo di conciliazione, alla pronuncia delle ordinanze di pagamento di somme non contestate, ai provvedimenti di liquidazione dei compensi degli ausiliari e ai provvedimenti che risolvono questioni «semplici o ripetitive»); c) attività giurisdizionale *definitoria* secondo le direttive del giudice togato (la volontaria giurisdizione diversa dalla famiglia e alcune cause ritenute di minore difficoltà come cause previdenziali, opposizione a sanzioni amministrative, cause, entro determinate soglie, in materia di beni mobili o di pagamento, risarcimento del danno prodotto dalla circolazione stradale.).

Nell'esercizio della delega il GOP deve attenersi alle *direttive concordate* con il giudice togato titolare del procedimento, anche alla luce dei criteri generali definiti all'esito delle riunioni sulla formazione dei magistrati (art. 10, comma 13). Le direttive devono essere documentate e trasmesse al capo dell'ufficio secondo modalità che sono definite dal CSM. Oltre alla formulazione delle direttive, il giudice professionale deve esercitare la vigilanza

sull'attività svolta dal GOP delegato e in presenza di giustificati motivi può revocare la delega, dandone comunicazione al presidente del tribunale.

È evidente che il carattere coadiutorio di tale attività non appare, ad un primo esame, in piena sintonia con l'indipendenza interna del magistrato anche onorario prevista dall'art. 101 Cost.: il GOP svolge le funzioni sulla base di una delega del giudice togato; il giudice togato emana direttive concordate che, come tali, non possono essere unilateralmente disposte dal giudice delegante, ma devono essere frutto di una preventiva riunione o audizione del magistrato onorario; esse sono trasmesse al capo dell'Ufficio; il CSM non incide sul contenuto né delle delibere, né dei criteri, ma determina solo le modalità della loro documentazione e trasmissione¹⁰.

Si tratta di innovazioni che coinvolgono, in primo luogo, l'autonomia del giudice delegante titolare del processo nel formulare le direttive (cosa che porta ad escludere che posto che alla riunione di coordinamento questi possa ricevere indicazioni vincolanti sulla delega dal presidente di sezione). A sua volta, poi, il GOP non è tenuto ad attuare pedissequamente le direttive del giudice togato, essendo previsto che, in sostanza, allorché ritenga di non poter provvedere in conformità alle direttive ricevute per la specificità del caso concreto, «riferisce al giudice professionale, il quale compie le attività già oggetto di delega». (art. 10, comma 14)

Occorre, tuttavia, riflettere sul fatto che il GOP che svolge attività preparatoria non è un *giudice*, mentre qualora emette provvedimenti definitivi o, addirittura, svolge in proprio un'attività giudiziaria sull'intera causa, invece, è investito pienamente di funzioni giurisdizionali, per cui occorre garantire piena indipendenza sia nelle scelte istruttorie sia nella decisione: è dubbio che la qualità sostanziale di sostituto possa inficiare tale autonomia decisionale. Il Consiglio Superiore dovrà attentamente monitorare il contenuto dei progetti organizzativi, osservando tanto il rispetto dei limiti di delega al magistrato onorario, quanto l'assenza di direttive vincolanti per lo stesso. Altrettanto problematico è l'inquadramento dell'attività istruttoria del magistrato onorario eseguita secondo le direttive del togato delegante.

Anche per i vice procuratori onorari, collocati, invece, all'interno dell'ufficio della Procura della Repubblica, sono previste due diverse modalità di utilizzo, non paiono essere tra loro

¹⁰ Vedi già prima del d. lgs. n. 116/2017, F. Dal Canto, *La magistratura onoraria*, in *Foro it.*, n. V/2016, p. 242 ss.

alternative: coadiuvare il magistrato professionale nel neo costituito «ufficio dei vice procuratori onorari»¹¹, «provvedendo allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti», ovvero svolgere attività delegate di diretto esercizio della giurisdizione. Anche per l'ufficio inquirente, pertanto, vi è una precisa dicotomia tra attività delegate ed attività autonome. Al pari del giudice onorario di pace inserito nell'ufficio per il processo, il vice procuratore onorario gode di autonomia attenuata, in quanto deve attenersi alle direttive formulate dal Procuratore della Repubblica, il quale, anche con l'eventuale ausilio di uno o più magistrati professionali, esercita la vigilanza sui vice procuratori onorari e può revocare, «in presenza di giustificati motivi», la delega loro conferita.

Per i giudici di pace, invece, le novità più significative consistono, oltre nell'abrogazione del cottimo e nell'assoggettamento ad un trattamento indennitario annuale omnicomprensivo, l'abrogazione della figura del Coordinatore dell'Ufficio per il giudice di pace, sostituito dai poteri direttivi del presidente del tribunale, eventualmente coadiuvato da giudici togati, e l'incremento notevole della competenza per materia.

La riforma trasforma il lavoro dei magistrati onorari, soprattutto giudicanti (i GOP e i VPO perdono di autonomia e competenza e i giudici di pace, invece, vedono aumentare la seconda, a fronte di una minore *retribuzione*), e con essi, in modo diretto, ma decisivo, anche quello dei magistrati professionali.

La nuova convivenza *forzata* di magistrati togati e onorari nell'Ufficio per il processo è una sfida per entrambe le categorie. Come evidenziato dalla dottrina, per la nuova figura di giudici e vice procuratori onorari è necessario "Garantire un giusto equilibrio tra ciò che l'onorario farà in quanto giudice e ciò che potrà essere chiamato a fare quale assistente del giudice (professionale)"¹². Solo una efficace e non scontata sinergia potrà portare benefici agli Uffici o, quanto meno, eviterà di aggravarne il carico dell'arretrato.

Dal punto di vista organizzativo e della funzionalità degli uffici, con l'abbandono, almeno prospettico, del modello del ruolo autonomo assegnato al GOP, il drastico ridimensionamento delle sue competenze nel settore penale e il suo assorbimento nell'ufficio per il processo, la riforma risulta non idonea ad assicurare una pronta risposta

¹¹ Il modello dell'ufficio per il processo, di cui all'art. 50 del d.l. n. 90/2014, e secondo quanto previsto dallo specifico criterio di delega dettato dall'art. 2, comma 2, legge n. 57/2016, viene sposato anche per la Procura della Repubblica.

¹² B. Capponi, *Il giudice di pace dopo la l. 28 aprile 2016, n. 57*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 105.

di giustizia, come dimostrato dai primi rinvii della sua piena operatività al 2025¹³.

Resta sostanzialmente insoluta la tematica della sostanziale dedizione quasi a tempo pieno di numerosi magistrati onorari, le proroghe reiterate dei loro incarichi, la condizione di precariato per le persone e la dipendenza del sistema giustizia nell'affrontare i carichi di lavoro dalla magistratura.

Partendo da tali dati empirici, poco coerenti sono il *part-time*, le retribuzioni non adeguate con le responsabilità che restano affidate alla magistratura onoraria. Non scandagliato in termini previsionali è il probabile calo di produttività dovuto alla cancellazione del cottimo. Viene a delinearsi un quadro ove aspetti di innovazione apprezzabili cercano di lasciare sullo sfondo le procedure di infrazione europea nei confronti dello Stato italiano per la mancata previsione per i magistrati onorari di garanzie previste per i lavoratori¹⁴.

Si tratta di situazioni, come si è visto, comuni a diversi stati europei e che meriterebbero ulteriori approfondimenti, soprattutto con riguardo al rapporto numerico tra giudici professionali e *lay judges*, nonché alla creazione di una giustizia di prossimità maggiormente improntata a criteri equitativi.

3. Il progetto di riforma del d.lgs. n. 116/2017.

La riforma dello statuto della magistratura onoraria, attualmente all'esame del Parlamento,

¹³ In questo senso si è pronunciato anche il parere del CSM ex art. 10, legge n. 195/1958 del 24 febbraio 2016 sul d.d.l. Orlando: «Appare incongrua la previsione della assegnazione di coloro che attualmente siano investiti delle funzioni di Magistrato onorario all'ufficio del processo, atteso che tale disposizione non appare compatibile con la, invero correttamente ipotizzata, prospettiva di una progressiva formazione e della acquisizione graduale di esperienza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, determinata dal passaggio dalla posizione di diretta collaborazione col giudice professionale alla assunzione di autonome funzioni giurisdizionali, seppur onorarie».

Ne è dimostrazione l'appello sottoscritto da numerosi presidenti di Tribunale nel gennaio 2020, con il quale si rappresenta che esso «rischia di integrare una struttura organizzativa inefficace, peraltro inutile nel settore penale, determinando uno “spreco” di professionalità già qualificate, formate e sperimentate, che la Giustizia non può permettersi: infatti i giudici onorari attualmente in servizio (salvo casi eccezionali indicati nell'art. 11 e salva la possibilità di delegare specifiche attività, come l'assunzione di prove testimoniali) non eserciterebbero più le attuali funzioni giudiziarie in sede civile, anche con gestione di ruoli autonomi, e non sarebbero più utilizzati in sede penale (funzioni indispensabili, come detto prima, per l'efficienza della giurisdizione), ma svolgerebbero meri compiti per così dire ancillari al giudice ordinario (studio dei fascicoli, approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, predisposizione delle minute dei provvedimenti): attività di supporto del giudice togato che ben più utilmente vengono oggi demandate agli stagisti o ai tirocinanti, cioè a profili professionali in formazione».

¹⁴ v. A. Proto Pisani, *La magistratura onoraria tra commissione europea e (tentata) furbizia italiana*, in *Foro It.*, n. V/2018, p. 42.

apporta diverse modifiche utili al decreto legislativo n. 116/2017 ma non risolve alla radice i problemi ordinamentali e lavoristici attuali, in quanto mossa essenzialmente dalla preoccupazione di venire incontro alle istanze di tipo *sindacale* dei magistrati onorari già in servizio.

Il disegno di legge n. 1348 di iniziativa governativa aveva l'intento, dichiarato nella relazione di accompagnamento, di «migliorare le condizioni della magistratura onoraria» attraverso alcune modifiche al d. lgs. n. 116/2017. Ad esso si sono aggiunti ulteriori disegni di legge (nn. 1516, 1555, 1582 e 1714), successivamente confluiti in un unico testo¹⁵.

La riforma recepita nel testo unificato investe sia la disciplina prevista in via generale per la magistratura onoraria, sia la disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 116/2017.

Le linee di intervento che riguardano tutti i magistrati onorari, siano essi già nelle funzioni al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 116/2017, sia designati successivamente, attengono a: la disciplina delle incompatibilità, novellata con una serie di disposizioni volte ad eliminare alcuni automatismi fondati sull'esistenza di presupposti astratti, consentendo in determinati casi, sul modello della disciplina delle incompatibilità dei magistrati togati, la loro valutazione in concreto, limitando la rilevanza delle incompatibilità di sede collegate a rapporti di parentela o coniugio; la possibilità di trasferimento del magistrato onorario sia per rimuovere situazioni di incompatibilità sia per assistere un familiare con disabilità ai sensi della legge n. 104/92; le competenze in materia civile del giudice di pace; il ruolo di ausilio del Presidente del tribunale nel coordinamento dell'ufficio del giudice di pace; la disciplina della revoca e delle sanzioni disciplinari, l'impegno settimanale massimo esigibile dal magistrato onorario; il dimensionamento delle piante organiche; il trattamento

¹⁵ V. a riguardo: B. Capponi, *Brevissime note sulle ultime proposte di riforma della normativa sui giudici onorari*, cit., F. Russo, *Brevi osservazioni sul testo unificato dei Disegni di legge. S. 1438, S. 1516, S. 1555, S. 1582, S. 1714 in discussione al Senato di "riforma della riforma" della magistratura onoraria*; G.N. Nardo, *Verso quale riforma della magistratura onoraria?*; B. Caruso e G. Minutoli, *Cui prodest? La riforma della magistratura onoraria tra tutela di diritti negati ed efficienza della Giustizia*, tutti pubblicati su giustiziainsieme.it, 5 novembre 2020.

economico e previdenziale.¹⁶

Le misure che riguardano i soli magistrati onorari *già* in servizio, invece, consistono prevalentemente ne:

1. la possibilità per i giudici onorari di svolgere le funzioni giurisdizionali fino al raggiungimento dei settanta anni di età (in luogo degli attuali 68 anni), nonché la possibilità di continuare a trattare i procedimenti anche in alcune materie inibite ai nuovi GOP, quale la celebrazione dell'udienza penale, inclusa la delibazione della sentenza, nonché lo svolgimento, nell'Ufficio per il processo, di funzioni autonome per determinate materie;
2. l'innalzamento delle indennità di funzione e la possibilità, per i magistrati già in servizio, di conservare il trattamento retributivo previgente fino al termine definitivo dell'incarico, che coincide con il raggiungimento dell'età massima di settanta anni.
3. la possibilità di rimuovere le situazioni di incompatibilità venutesi a creare per effetto della riforma della magistratura onoraria mediante il trasferimento preferenziale ad altra sede.

Per l'attuazione di tali misure, nel rispetto della clausola di invarianza di spesa, infine, è disposta la riduzione della pianta organica della magistratura onoraria, in corso di approvazione, da n. 8.000 unità complessive a n. 5.000 unità.

3.1. Il regime attuale delle incompatibilità e le modifiche proposte.

Occorre ricordare schematicamente quale sia il regime introdotto dalla riforma del 2016-2017 delle: (a) *incompatibilità proprie* del magistrato onorario, vale a dire quelle collegate all'esercizio contemporaneo da parte del medesimo delle funzioni giudiziarie onorarie e

¹⁶ La riforma della magistratura onoraria, oltre a sopprimere la figura del giudice di pace, attribuendo il potere direttivo e organizzativo al Presidente del tribunale, ha disposto che questi può avvalersi, per tali compiti, di uno o più magistrati professionali (art. 8). Il testo unificato modifica l'art. 8 confermando tale potere di coordinamento, ma dispone che il Presidente debba avvalersi di un istituendo vice coordinatore dell'ufficio scelto tra i giudici onorari di pace. L'articolo 27 del d. lgs. n. 116/2017 ha apportato una serie di modificazioni al codice di procedura civile volte ad ampliare *ratione materiae* e *ratione valoris* la competenza del giudice di pace, e destinate attualmente ad entrare in vigore nell'ottobre 2025 allontanando molto tale figura rispetto all'idea, sulla cui base fu introdotto, di un giudice di prossimità (non più tale a seguito della soppressione di numerosissimi uffici), competente per le cause di modesta entità secondo criteri prevalentemente equitativi. Il d.d.l. unificato sceglie, invece, di non incrementare le competenze del giudice di pace, ritornandosi, pertanto, al quadro ante 2016, meno lontano dall'idea della previsione di un giudice non professionale, munito di competenze circoscritte.

della professione forense o delle funzioni collegate ad altre cariche; (b) *incompatibilità derivanti da vincoli professionali* con altri soggetti; (c) *incompatibilità parentali*, ovvero quelle derivanti dalla professione svolta da coloro che sono legati da un vincolo familiare o di affinità o convivenza con il magistrato onorario.

L'obiettivo del disegno è quello di restringere la portata applicativa delle incompatibilità, sia quelle derivanti dall'esercizio della professione forense sia quelle collegate al contestuale esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie di più persone, nei casi di rapporti di parentela, affinità e coniugio tra magistrato onorario e il *familiare* esercente la professione forense.

Viene ad essere modificata, infatti, la disciplina di due ipotesi di incompatibilità di tipo *familiare*.

La prima è quella dell'incompatibilità derivante «dall'esercizio dell'attività forense di persone legate al magistrato onorario» da vincoli familiari o da legami professionali. Il criterio territoriale *circondariale* viene ad essere sostituito con quello più circoscritto di *sede* ove è ubicato l'ufficio nel quale svolge le funzioni il magistrato onorario.

La seconda ipotesi è quella dell'incompatibilità *funzionale* scaturente dall'esercizio delle funzioni giudiziarie nel medesimo ufficio giudiziario da parte di un parente o affine. In pratica si estende l'incompatibilità *tra magistrati onorari* derivante da rapporti di parentela (affinità, coniugio e unione civile) anche ai medesimi *rapporti tra magistrati onorari e magistrati ordinari* che esercitano le funzioni giudiziarie negli uffici del circondario. La formulazione della norma proposta nel disegno di legge, peraltro, estende l'incompatibilità anche agli affini di secondo grado.

Inoltre, limitatamente alle sole incompatibilità derivanti da rapporti *familiari* collegate all'esercizio della professione forense (ipotesi *sub I*) o delle funzioni giudiziarie (onorarie o togate, ipotesi *sub II*) da parte del parente, affine, convivente o parte dell'unione di fatto – e non, quindi, dell'attività bancaria, di intermediazione finanziaria o assicurativa – viene ad essere sostituito il regime di incompatibilità *in astratto* attualmente previsto (vale a dire inderogabile), con una disciplina di incompatibilità *in concreto*, fondata sull'incidenza effettiva sull'indipendenza e imparzialità del magistrato delle funzioni o della professione esercitata, analogamente a quanto previsto dagli artt. 18 e 19 ord. giud. per i soli magistrati togati.

Partendo metodologicamente dall'esperienza consiliare e dalla Circolare applicativa¹⁷ è possibile analizzare le ricadute delle diverse incompatibilità sulle diverse tipologie di funzioni che i magistrati onorari possono ricoprire.

Per esaminare l'istituendo criterio dell'incompatibilità in concreto va richiamato l'art. 7 della Circolare n. P-12940 del 25 maggio 2007 sulla incompatibilità *ex art.* 18 ord. giud. dei magistrati ordinari, distinguendo a seconda dell'ufficio cui è destinato il GOP o il VPO. Mentre per il magistrato togato il criterio della *sede* finisce con il sovrapporsi quasi integralmente con quello dell'Ufficio, avendo il Tribunale e la Procura tale competenza, per il magistrato onorario l'estensione territoriale di tale incompatibilità può essere estremamente più ridotta. Per i GOP, infatti, in ogni circondario vi possono essere più *sedi* del giudice di pace.

Negli Uffici del giudice di pace organizzati in un'unica sezione promiscua sussiste sempre la situazione di incompatibilità. Per quelli organizzati sulla distinzione tra attività nel settore del diritto civile e nel settore del diritto penale, invece, l'incompatibilità potrebbe essere esclusa se il professionista trattasse materia di settore diverso rispetto a quello nel quale opera, per organizzazione tabellare, il magistrato onorario, e sempre che non vi sia possibilità di interferenza tra le attività da entrambi svolte¹⁸.

Per l'Ufficio del giudice di pace che si trova nella medesima sede del Tribunale, scatta l'incompatibilità anche con l'esercizio della professione in Tribunale, per gli Uffici del giudice di pace che hanno *sede* in diverse località, salvo quelle relative al proprio ufficio, non potrebbe rilevarsi alcuna incompatibilità, né rispetto alla professione esercitata presso altri Uffici del giudice di pace del medesimo circondario né con quella esercitata in Tribunale.

Viene a delinearsi, pertanto, una situazione analoga a quella del magistrato che presta

¹⁷ Circolare n. P-12940 del 25 maggio 2007, modificata con delibere del 1° aprile 2009 e 9 aprile 2014.

¹⁸ Negli Uffici del giudice di pace di grandi dimensioni, ove organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività, civile e penale e quindi, specie nel settore civile, con sezioni deputate alla trattazione esclusiva di materia specialistica, non sussisterebbe incompatibilità nel caso in cui il magistrato onorario operi, seppure all'interno del medesimo settore, in sezione specialistica ed il professionista congiunto, affine, coniuge o convivente, non tratti detta materia oppure nel caso in cui quest'ultimo tratti la materia specialistica, affidata per organizzazione tabellare ad una sezione, ed il magistrato onorario, invece, operi in una sezione a cui sono affidate materie diverse, seppure all'interno del medesimo settore. Si tratta, tuttavia, di un discorso di modesto impatto pratico in quanto i giudici di pace non vengono assegnati in via esclusiva alle funzioni penali e non risultano approvati progetti tabellari che prevedono sezioni specialistiche neppure negli Uffici di grandi dimensioni.

servizio *esclusivamente* in una sezione distaccata, per il quale è esclusa l'«incompatibilità di sede»¹⁹.

Il giudice onorario di pace addetto all'Ufficio del processo, sebbene abbia il compito istituzionale di coadiuvare il giudice professionale in tutte le sue attività, anche in quella di redazione delle minute dei provvedimenti e, per alcuni aspetti, attraverso lo svolgimento anche di autonoma attività definitoria, coincidendo l'ambito *territoriale* della sua competenza con quella dei giudici togati, ha una incompatibilità sostanzialmente sovrapponibile a quelle previste per i togati dalla citata Circolare di Prima Commissione in virtù del richiamo all'art. 18 ord. giud.

I vice procuratori onorari hanno come unica possibile collocazione quella all'interno dell'ufficio della Procura della Repubblica, avente, ovviamente competenza circondariale. Per il VPO è quindi imprescindibile che l'incompatibilità del familiare professionista sia comunque estesa al circondario, salvo il caso che il VPO sia esclusivamente addetto alla mera celebrazione di udienza innanzi ad un Ufficio del giudice di pace *minore* nel circondario²⁰.

Con riguardo alle incompatibilità va messa in evidenza anche la disposizione in forza della quale gli avvocati non possono patrocinare cause nel medesimo ufficio giudiziario ove il magistrato onorario, al quale sono legati da rapporti di parentela, affinità, coniugio,

¹⁹ «Art. 15. (Il magistrato in sezione distaccata). Non si ha incompatibilità di sede se il magistrato opera in via esclusiva in sezione distaccata ed il parente, l'affine, il coniuge o il convivente, non svolge presso la predetta sezione alcuna attività, oppure se è quest'ultimo ad operare in via esclusiva presso la sezione distaccata ed il magistrato esercita esclusivamente presso la sede centrale. Nel caso in cui il magistrato assegnato alla sezione distaccata svolga attività anche presso la sede centrale, occorre fare riferimento, per accertare la sussistenza di eventuali situazioni di incompatibilità, ai criteri generali di cui all'art. 7 ed, in particolare, alla natura della materia trattata dal magistrato, alla rilevanza della professione forense svolta dal professionista ed alle dimensioni della sede centrale del Tribunale o della sezione distaccata».

²⁰ Potendo il VPO compiere attività di ausilio al magistrato professionale nel neo costituito ufficio dei vice procuratori onorari, attività delegate, quali la partecipazione alle udienze dibattimentali del giudice di pace e del giudice monocratico e, per gli stessi procedimenti, la formulazione delle richieste di decreti penali di condanna e di archiviazione, risultano compatibili le disposizioni previste dall'art. 17 della Circolare citata. Pertanto, la situazione di incompatibilità del magistrato addetto alla Procura della Repubblica presso un Tribunale ordinario può derivare dal fatto che il parente, affine, coniuge o convivente eserciti la professione avanti al predetto Ufficio e/o avanti al corrispondente ufficio giudicante nel settore penale. È evidente, infatti, che l'esercizio della professione forense presso un determinato Tribunale, allorché sia estesa al settore penale, interessa tanto l'ufficio requirente quanto quello giudicante, essendo entrambi investiti da ogni procedimento penale. Inoltre, tale problematica, per i vice procuratori onorari, è estesa anche al rapporto tra la Procura della Repubblica e i diversi uffici del giudice di pace. In tal caso, infatti, l'incompatibilità del VPO non può che riguardare la professione forense esercitata nel settore penale in ciascuno degli uffici giudiziari, salvo che lo stesso non sia addetto, all'interno dell'Ufficio di collaborazione, esclusivamente alla trattazione di procedimenti di competenza del Tribunale.

convivenza o unione civile, svolge le funzioni, né possono assumere incarichi relativi a procedimenti trattati dal magistrato onorario, anche nei gradi successivi (nuovo art. 5, comma 3). La norma risulta opportuna ma residuano dubbi gli effetti giuridici della violazione di tale divieto, apparendo discutibile la possibilità di fare derivare vizi processuali dalla violazione del divieto.

Di fondo, l'applicazione dell'art. 18 e dell'art. 19 ord. giud. ai magistrati onorari viene effettuata secondo il medesimo schema logico seguito per la magistratura ordinaria; occorrerebbe, tuttavia più opportunamente distinguere tra magistrati onorari che esercitano la professione forense e quelli che, invece, non sono iscritti all'Albo professionale, esplicitando nel testo normativo che sia la più ristretta incompatibilità dei familiari relativa alla *sede* e non al *circondario*, sia il criterio dell'accertamento dell'incompatibilità in concreto (prevista dal comma 5-*bis*) trovino applicazione solo nel caso in cui il magistrato onorario non sia iscritto all'Albo degli avvocati e non eserciti, pertanto, la professione forense. Solo in tal caso risulta possibile, infatti, assimilare la sua condizione reale a quella del magistrato togato. Laddove, invece, il primo eserciti la professione forense appare opportuno che resti inalterato il più rigido sistema delle incompatibilità circondariali *in astratto*.

3.2. I trasferimenti.

La preoccupazione per le violazioni sistemiche della normativa eurounitaria è alla base di alcune scelte del Governo nell'attuazione della legge delega.

L'art. 33, comma 1, lett. *b*), del decreto legislativo n. 116/2017 abroga espressamente, l'art. 10-*ter* della legge n. 374/91 istitutiva del giudice di pace, che consentiva il trasferimento dei giudici di pace tra distretti diversi su domanda dell'interessato e in presenza di vacanze di organico.

Il Governo, tuttavia, ha deciso di non dar corso alla delega legislativa relativamente al trasferimento, né a quella relativa al disciplinare dei magistrati onorari per «garantire il pieno rispetto dell'onorarietà dell'incarico prescritta dall'art. 106 della Costituzione della quale costituisce corollario l'assenza di qualsivoglia contratto o rapporto di lavoro. (par.

3)»²¹.

Con delibera consiliare del 15 novembre 2017, il Consiglio ha escluso la possibilità di regolare con circolare il disciplinare e il trasferimento dei GOP e dei VPO *praeter legem* da parte del Consiglio Superiore. Ha, invece, invece ritenuto ammissibile e opportuno introdurre transitoriamente la possibilità, per i magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 116/2017, di trasferirsi allo scopo di rimuovere una causa di incompatibilità e anche per comprovate ragioni di famiglia o per gravi ragioni di salute, personali o dei propri prossimi congiunti²².

Inoltre, per garantire tempestivamente la copertura degli organici della magistratura onoraria, il Consiglio, nella seduta del 15 novembre 2017, ha individuato i posti vacanti di giudice onorario di pace e di vice procuratore onorario e ha determinato le modalità di formulazione, nonché i termini di scadenza del relativo bando.

Nella medesima direzione, il parere consiliare, approvato il 17 gennaio 2018, si è espresso favorevolmente riguardo allo schema del decreto ministeriale concernente la determinazione delle dotazioni organiche dei giudici onorari di pace e dei vice procuratori onorari²³.

Il testo unificato detta nuove norme sullo statuto dei giudici onorari di pace, consentendo l'assegnazione ad altra sede del magistrato onorario che assiste un familiare con disabilità (art. 5). La proposta di riforma sul punto viene ad accogliere l'invito del Consiglio Superiore al Governo ad una modifica del testo normativo attualmente vigente.

L'art. 12 del testo unificato, inoltre, riconosce ai magistrati onorari in servizio che, per effetto delle disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 116/2017, siano divenuti incompatibili con la sede di appartenenza, di chiedere, in via straordinaria, l'assegnazione ad altre sedi che presentino vacanze in organico e in relazione alle quali non sussistano cause di incompatibilità.

La norma non può che essere accolta con favore. Deve, però, essere evidenziato come

²¹ Relazione illustrativa, pp. 2-3.

²² V. G. Reali, *Il giudice onorario di pace e l'ufficio per il processo*, in *Foro It.*, n. V/2018, p. 12 ss.

²³ L'integrazione del quadro organizzativo della novellata magistratura onoraria e dei conseguenti problemi è stata assicurata, peraltro, dalla *Prima risoluzione sulla nuova disciplina relativa alla magistratura onoraria* (prot. CSM n. 4097/2018 del 7 marzo 2018). Nella Relazione di fine consiliatura 2014-2018, il CSM ha ribadito che l'orizzonte culturale che ha ispirato l'agire dell'Ottava Commissione è quello piena consapevolezza della centralità della figura del magistrato onorario nell'erogazione della cd. giustizia di prossimità, determinante per la complessiva credibilità dell'intero servizio giustizia.

sarebbe opportuno che il legislatore prevedesse la possibilità di trasferimento in via transitoria anche per ragioni di salute o di famiglia, in linea con quanto previsto dall'art. 12 della Circolare consiliare in materia.

3.3. La previsione di un vero e proprio sistema disciplinare.

La legge n. 57/2016 aveva espressamente delegato al Governo di «g) regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio; [...] l) regolamentare la responsabilità disciplinare e quindi individuare le fattispecie di illecito» (art. 1). Il Governo, tuttavia, in occasione della redazione del testo del d. lgs. n. 116/2017 ha deciso di non dar corso alla delega legislativa relativamente al trasferimento d'ufficio e a domanda ed al regime disciplinare dei magistrati onorari.

L'assenza di uno statuto disciplinare, indipendentemente dalla sua razionalità, è ricollegata alla percezione delle funzioni di magistrato onorario come *munus publicum*, piuttosto che come un diritto a conservare un rapporto di durata con l'amministrazione pur in presenza di condizioni sopravvenute di carattere ostativo.

Dal mancato esercizio della delega, quanto all'esercizio dell'azione disciplinare, è conseguito un apparato rimediabile, per le violazioni deontologiche e per l'inadeguatezza quantitativa e qualitativa del rendimento, irrazionale sia perché non risulta possibile graduare i rimedi (essendo posta al Consiglio esclusivamente l'alternativa tra revocare e confermare nelle funzioni il magistrato onorario), sia perché non risulta possibile adottare, in alcun caso, misure di carattere cautelare, se non in base ad una opinabile *sopravvivenza* del precedente giudizio disciplinare limitatamente alle misure interinali.

Ebbene, i disegni di legge unificati intervengono sulla disciplina della revoca e introducono specifiche sanzioni disciplinari, con l'art. 6, modificando l'art. 21 in tema di revoca dall'incarico.

Il Testo unificato intende introdurre una graduazione nelle sanzioni disciplinari applicabili al magistrato onorario. Vengono così introdotti i provvedimenti disciplinari del richiamo, della sospensione da tre a sei mesi e della revoca (già presente nel testo oggi vigente, ma ridefinita).

Aggiunge, inoltre, una disciplina della recidiva nelle sanzioni disciplinari. Essa comporta

che per il magistrato onorario che sia stato già oggetto di richiamo o di sospensione e che commetta nuovamente un illecito disciplinare, trovi applicazione la sanzione prevista per la categoria di illeciti più grave.

Per la magistratura onoraria, in seguito alla novella proposta, resta ferma la revoca per le ipotesi previste dal comma 3 (inidoneità alle funzioni) e dal comma 4 (adozione di atti abnormi, grave violazione di legge o travisamento dei fatti determinati da negligenza o ignoranza, scarsa laboriosità, gravi ritardi, etc.). A tali fattispecie, però, il d.d.l. aggiunge l'ipotesi della revoca quale forma di sanzione aggravata per la recidiva disciplinare e, precisamente, di commissione di un nuovo illecito disciplinare dopo che il magistrato onorario è stato già sanzionato con la sospensione dalle funzioni.

Ebbene, il sistema disciplinare che viene delineato con l'intervento operato tramite il d.d.l. risulta certamente più articolato rispetto a quello precedente e contiene anche una apprezzabile graduazione delle sanzioni. Essa, tuttavia, si traduce in parte in un sistema poco chiaro e, per alcuni aspetti, irrazionale.

In primo luogo, la formula della idoneità, già presente nel testo attuale del d. lgs. n. 116/2017 non risulta univocamente interpretabile. È disposta, infatti, «in ogni caso in cui risulta l'inidoneità ad esercitare le funzioni giudiziarie o i compiti dell'ufficio del processo». Quelle indicate dalla lettera c) («in particolare il magistrato onorario è revocato quando, senza giustificato motivo, ha conseguito risultati che si discostano gravemente dagli obiettivi prestabiliti dal presidente del tribunale o dal procuratore della Repubblica a norma dell'articolo 23 ovvero, nel caso di assegnazione di procedimenti civili o penali a norma dell'articolo 11, non ha definito, nel termine di tre anni dall'assegnazione, un numero significativo di procedimenti, secondo le determinazioni del Consiglio superiore della magistratura») riguardano la capacità, laboriosità e impegno del magistrato onorario, mentre quelle descritte dal comma 4 integrano, per i magistrati ordinari, illeciti disciplinari tipici.

Mancano, inoltre, tra le condotte indicative di inidoneità alle funzioni, quelle tipicamente dolose che siano espressione del difetto di indipendenza, imparzialità ed equilibrio, gli illeciti extrafunzionali (cfr. art. 3, d.lgs. n. 109/2006) nonché i comportamenti penalmente rilevanti (cfr. art. 4, d.lgs. n. 109/2006, che sanziona gli illeciti disciplinari conseguenti a reato).

Alcuni di tali comportamenti, peraltro, sono previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 del Testo

unificato come ipotesi che comportano la sanzione del richiamo o della revoca.

Ne consegue che non risulta univoca l'interpretazione dell'espressione della «Inidoneità alle funzioni». L'interpretazione letterale e la necessità di sanzionare anche gravi comportamenti non esplicitati dalle norme indurrebbe a ritenere che in tale formula rientrino anche tali comportamenti; tuttavia, le ipotesi esemplificative indicate dalla lettera c) e al comma 4 riguardano comportamenti che denotano un difetto di capacità, laboriosità o impegno, e non vi è alcuna menzione né di illeciti extrafunzionali né di fatti-reato, né di comportamenti indicativi di difetto dei cc.dd. requisiti (indipendenza, imparzialità, equilibrio). Inoltre, alcuni di tali comportamenti contrari a regole deontologiche connaturali alla funzione giudiziaria, sono previsti dalle lettere a) e b), che prevedono sanzioni meno gravi.

L'irrazionalità emerge, ad esempio, dal fatto che deve essere disposta la revoca per il mancato rispetto degli obiettivi fissati dal dirigente, mentre può essere disposto il solo richiamo, ad esempio, per la violazione del segreto di ufficio o la sospensione in caso, ad esempio, di uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti; comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.

Inoltre, elementari esigenze di garanzia inducono a rendere sindacabile il provvedimento del dirigente: ove appaia non adeguato alla condizione dell'ufficio o implicante una produttività eccessiva; per cui il mancato rispetto degli obiettivi dovrà essere ritenuto per “giustificato motivo”²⁴.

Il d.lgs. n. 116/2017 non regola specificamente la possibilità di adottare misure cautelari disciplinari, quali l'indispensabile sospensione cautelare, obbligatoria e facoltativa, dalle funzioni.

Attualmente essa sembrerebbe essere prevista dall'art. 18 e dall'art. art. 19 del d.P.R. 10

²⁴ Deve ricordarsi che ai sensi dell'art. 23, tanto il Presidente del tribunale per i GOP, siano essi assegnati all'Ufficio per il processo o al giudice di pace, in base alle tabelle di organizzazione, ai programmi di gestione ex art. 37, comma 6, quanto il Procuratore per i VPO, in base alla media di produttività dell'ufficio, comma 7, fissano gli obiettivi per l'anno solare e li comunicano alla Sezione autonoma del Consiglio giudiziario. Al riguardo, ai sensi dell'art. 23, comma 8, il Consiglio Superiore della Magistratura individua i criteri e le procedure per la valutazione della realizzazione degli obiettivi. Tra i criteri di valutazione rientrano la puntualità nel deposito dei provvedimenti, le modalità di gestione dell'udienza e di rapporto con gli altri magistrati onorari, con i magistrati professionali, con gli avvocati ed il personale amministrativo, la partecipazione all'attività di formazione, la percentuale di impugnazioni rispetto alla media dell'ufficio.

giugno 2000, n. 198, *Regolamento recante norme di coordinamento e di attuazione del capo I della legge 24 novembre 1999, n. 468, concernente il giudice di pace* che il Consiglio e la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto estensibili anche alle altre figure di magistrato onorario, in quanto espressione di principi generali a presidio dell'integrità della funzione giudiziaria.

Il d. lgs. n. 116/2017 ha disposto l'abrogazione tanto dell'art. 9 quanto dell'art. 10 della legge n. 374/1991, ma non è stato formalmente abrogato il d.P.R. n. 198/2000. È evidente che in seguito alla mancata attuazione della delega sul disciplinare, e al nuovo intervento che intende operare il d.d.L., piuttosto che ritenere ancora vigente il solo d.P.R. n. 198/2000, parrebbe certamente opportuno che le misure disciplinari cautelari vengano regolate dallo stesso d. lgs. n. 116/2017 prevedendo, peraltro, anche la sospensione obbligatoria in caso di adozione di misure cautelari personali da parte dell'autorità giudiziaria.

In sintesi, l'introduzione, oltre che di alcune forme di trasferimento, di un sistema disciplinare appare opportuna in quanto assicura il rispetto del principio eurounitario di proporzionalità delle sanzioni e quello costituzionale di ragionevolezza, ma sconta una certa ambiguità e imperfezione sistematica, oltre a non essere del tutto coerente rispetto all'idea di fondo della riforma Orlando di una attività da parte del magistrato onorario di tipo quasi volontaristico, rispetto alla quale non è necessario garantire aspettative di conservazione delle funzioni.

3.4. La normativa dedicata ai giudici onorari di pace già in servizio.

Il d.d.l. incide sulla disciplina transitoria dettata dal capo XI per i magistrati onorari già in servizio. Attualmente il d. lgs. citato limita la permanenza dei magistrati onorari già in servizio a quattro quadrienni decorrenti dall'entrata in vigore del medesimo decreto; resta peraltro fermo il meccanismo della conferma quadriennale.

Modificando le disposizioni vigenti, l'art. 9 del d.d.l. dispone che il limite di età sia portato a 70 anni e che fino al raggiungimento di tale età sia sempre possibile, indipendentemente dal numero di quadrienni già svolti, portare a compimento l'incarico. «1. I magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere confermati, alla scadenza del primo quadriennio di cui al decreto legislativo 31 maggio

2016, n. 92, o di cui all'articolo 32, comma 8, e nei successivi quadrienni, a domanda e a norma dell'articolo 18, commi da 4 a 14, sino al raggiungimento del limite di età di cui al comma 2. 2. In ogni caso, l'incarico cessa al compimento del settantesimo anno di età».

L'art. 10 del d.d.l. modifica la disciplina relativa alle funzioni e ai compiti dei magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma, prevedendo che le norme transitorie previste dall'art. 30, comma 1, trovino applicazione non per il solo quadriennio successivo all'entrata in vigore della riforma (ovvero secondo il testo del d.lgs. n. 116/2017 fino alla metà del 2021), ma per tutta la durata del loro incarico, destinato a cessare, ai sensi dell'art. 29 (come riformulato dal d.d.l. stesso con l'art. 9), con il compimento del 70° anno di età (e non già del 68° come attualmente previsto).

Coerentemente con la proroga delle funzioni dei GOP in servizio fino alla cessazione per motivi di età, vengono eliminati i commi 9, 10 e 11 dell'art. 30, i quali prevedono limiti all'utilizzo dei giudici di pace e dei vice procuratori nel corso del quarto e ultimo mandato. Scompare anche, venendo abrogato il comma 9 dell'art. 30, l'obbligo di assegnazione dei magistrati onorari all'Ufficio nel processo nell'ultimo mandato.

3.5. La riduzione della pianta organica.

La legge n. 374/1991 individuava in n. 4.700 la dotazione organica dell'Ufficio del giudice di pace, rimettendo la determinazione delle piante organiche dei singoli uffici a specifici provvedimenti attuativi da emanarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica. È mancata, invece, fino a poco fa una previsione legislativa delle dotazioni e delle piante organiche dei giudici onorari di tribunale e dei viceprocuratori onorari. Essi, pertanto, venivano determinati dal CSM, nella consistenza complessiva ed in quella specifica dei singoli uffici, «secondo criteri di tendenziale proporzionalità con gli organici dei magistrati togati»²⁵, con specifici provvedimenti attuativi emanati nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della giustizia, sentito il Consiglio Superiore della Magistratura.²⁶

²⁵ cfr. Relazione tecnica allo schema di decreto.

²⁶ I dati statistici del C.S.M. all'atto dell'istituzione del giudice unico nel 1998 evidenziavano l'apporto significativo della magistratura onoraria nelle Preture circondariali: a fronte di n. 1.699 Pretori e n. 577 requiranti togati addetti agli uffici del p.m., operavano rispettivamente n. 2.325 vice pretori e n. 1.442 vice

Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con decreto del 22 febbraio 2018 ha determinato, in conformità al parere espresso al riguardo dal Consiglio superiore della magistratura, reso con delibera del 17 gennaio 2018, in n. 8.000 unità complessive la *dotazione organica* della magistratura onoraria. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 116/2017, ha fissato in n. 6.000 unità il contingente dei giudici onorari di pace (di cui n. 3.200 giudici addetti all'Ufficio per il Giudice di pace e n. 2.800 all'Ufficio per il processo) e in n. 2.000 unità quello dei vice procuratori onorari (VPO). Con lo schema di decreto ministeriale pervenuto al Consiglio il 27 aprile 2018, vengono determinate, invece, ai sensi del citato art. 3, comma 1, secondo periodo, 3 e 7, le *piante organiche* dei menzionati GOP e dei VPO, distribuendo tra i singoli uffici la dotazione organica indicata.

Va evidenziato come l'incremento della pianta organica costituisca misura assolutamente necessaria per temperare l'effetto del passaggio ad un profilo di magistrato onorario a tempo parziale e definito.

Per rispettare l'invarianza finanziaria della misura legislativa, l'art. 15 del testo unificato, in considerazione dell'incremento delle indennità previste per la magistratura onoraria, dispone la riduzione della relativa pianta organica. Essa viene ridotta a 3.500 unità complessive per i GOP e n. 1.500 per i VPO, con una riduzione di 2.500 unità per gli uffici giudicanti e n. 500 per quelli requirenti. In tal modo, pur tenendo conto della possibilità di una maggiore impegno degli stessi, viene comunque a vanificarsi il piano di riparto disposto (che in pratica considerava le unità necessarie moltiplicando le piante organiche esistenti per l'impegno richiedibile sul parametro dell'impegno *Full time equivalent* – FTE) e rendendo palese l'incongruenza delle piante organiche rispetto ai fabbisogni effettivi degli uffici.

Solo in parte questa misura viene bilanciata dall'incremento dell'impegno lavorativo esigibile dai magistrati onorari da due a tre giorni a settimana (art. 1)²⁷.

procuratori onorari, tanto che si osservava che «la clausola di riserva secondo cui di regola i giudici onorari devono limitarsi a sostituire i magistrati togati, assenti o impediti, conferma che gli stessi vengono utilizzati, in realtà, per sopperire ai ben noti vuoti di organico» Con l'istituzione del giudice unico, essi divennero giudici onorari del tribunale (GOT) e viceprocuratori onorari di tribunale (VPO), pur trattandosi in gran parte delle medesime persone precedentemente impiegate, per effetto della proroga generalizzata di coloro che erano nelle funzioni (art. 245, d. lgs. n. 51/1998).

²⁷ La previsione di tale maggiore impegno riguarda innanzitutto i magistrati onorari assunti successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 116/2017. Per i magistrati già in servizio l'art. 31 già consente al magistrato onorario di esercitare l'opzione per un impegno di tre giorni la settimana, in luogo di due.

4. Il contenzioso alimentatosi con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione II, del 16 luglio 2020 nella causa C-658/18 (causa U.X. contro il Governo della Repubblica Italiana).

La sentenza della sezione II della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 16 luglio 2020, C-658/18, nella causa U.X. contro il Governo della Repubblica italiana, avente ad oggetto il pagamento delle ferie non retribuite in favore di un giudice di pace, ha statuito che il giudice di pace, a determinate condizioni, deve essere inteso quale «lavoratore» a tempo determinato secondo le rilevanti norme del diritto UE. Dalla qualificazione del giudice di pace quale «lavoratore» ai sensi della direttiva n. 2003/88 e, in particolare, quale lavoratore a tempo determinato, la Corte fa discendere l'applicabilità, in astratto, del divieto di discriminazione tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato basato solo su tale diversa qualifica.

La Corte afferma che spetta al giudice nazionale stabilire se, alla luce di tali circostanze concrete, l'attività lavorativa dei magistrati onorari sia comparabile a quella dei professionali, aggiungendo che pur essendo le posizioni dei magistrati onorari e professionali comparabili, occorre valutare se eventualmente sussista una «ragione oggettiva» che giustifichi un diverso trattamento giuridico e precisando che la disparità di trattamento potrebbe essere giustificata dalle diverse qualifiche e dalla diversa natura delle mansioni svolte dai giudici onorari.

Numerosi provvedimenti delle autorità giudiziarie nazionali sono intervenuti sullo stesso tema.

Con ordinanza n. 363 del 1° giugno 2020, il T.A.R. Emilia Romagna ha proposto rinvio pregiudiziale dinanzi Corte di giustizia dell'Unione europea. Il Collegio emiliano ha ritenuto dubbia la conformità al diritto dell'Unione di siffatta disciplina in base alla nozione di «lavoratore» di tipo senz'altro sostanziale invalsa nell'ambito del diritto dell'UE e ciò in quanto i giudici di pace svolgono funzioni giurisdizionali «del tutto assimilabili a quelle dei giudici c.d. togati e/o comunque a quelle di un prestatore di lavoro alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione».

La Corte costituzionale ha emanato la sentenza n. 267/20, ha riconosciuto il diritto alla tutela legale del giudice di pace convenuto in giudizio per ragioni del suo ufficio (come previsto per i togati), senza, tuttavia, equiparare lo stato giuridico del magistrato professionale e quello onorario; ha piuttosto riaffermato l'eterogeneità delle due figure, in ragione delle differenti modalità di nomina, radicate nella previsione dell'art. 106, comma 2, Cost., del carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta dal giudice onorario e del diverso livello di complessità degli affari, ritenendo tali elementi idonei a giustificare la qualifica *onoraria* del rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dall'istituzione della figura e ribadita in occasione della riforma del 2017²⁸.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 9 dicembre 2020 (e ulteriori sentenze gemelle) ha ritenuto che, alla luce del diritto nazionale, il giudice di pace sia un magistrato onorario. La sentenza esclude l'applicabilità delle norme euronitarie alla magistratura onoraria, affermando che il rapporto di servizio del magistrato professionale, caratterizzato da una carriera speciale di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione espressiva di sovranità, non può essere assimilato ad un comune rapporto di lavoro (in termini, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1096). Il giudice amministrativo, inoltre, pone esplicitamente il problema dei controlimiti, indicando che l'applicazione alla magistratura onoraria dei principi comunitari in tema di tutela del lavoro sarebbe in contrasto con l'art. 106 Cost., secondo cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso, in guisa da separare lo *status* del magistrato professionale da quello del magistrato onorario.

Un diverso atteggiamento hanno tenuto le sezioni lavoro di alcuni tribunali.

Il Tribunale di Vicenza, con sentenza del 16 dicembre 2020, ha ritenuto che i magistrati onorari svolgessero mansioni comparabili a quelle dei magistrati professionali e che non sussistessero ragioni oggettive per trattare distintamente situazioni assimilabile. ha, inoltre,

²⁸ La sentenza n. 267/20 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, del d.l n. 67/1997, *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*, convertito, con modificazioni, nella legge n. 135/1997, nella parte in cui non prevede che il Ministero della Giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa. Il Giudice delle leggi ha preliminarmente rilevato che, «questa Corte ha più volte affermato che la posizione giuridico-economica dei magistrati professionali non si presta a un'estensione automatica nei confronti dei magistrati onorari tramite evocazione del principio di eguaglianza, in quanto gli uni esercitano le funzioni giurisdizionali in via esclusiva e gli altri solo in via concorrente. Enunciata a proposito del trattamento economico dei componenti delle commissioni tributarie (ordinanza n. 27/1999) e per quello dei vice pretori onorari (ordinanza n. 479/2000), l'affermazione è stata ripetuta anche per i giudici di pace, sia in tema di cause di incompatibilità professionale (sentenza n. 60/2006), sia in ordine alla competenza per il contenzioso sulle spettanze economiche (ordinanza n. 174/2012)».

dichiarata la illegittima reiterazione di contratti a termine in quanto in contrasto con il disposto della clausola 5 dell'accordo quadro annesso alla direttiva 1999/70/CE, ove si prevede che «per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti [...]».

Il giudice vicentino ha ricordato come il diritto dell'Unione non preveda sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano accertati abusi nel ricorso al contratto a termine e, altresì spetti alle autorità nazionali adottare misure proporzionate, energiche e dissuasive, in modo tale che, ove si verifichi un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, venga applicata una misura che presenti garanzie effettive al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione²⁹. Ritenendo non giustificato, ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che hanno un carattere non già provvisorio, bensì permanente e durevole (nel caso esaminato, la prosecuzione per oltre 14 anni del rapporto con la ricorrente), il giudice ha riconosciuto al magistrato onorario le differenze retributive commisurate allo stipendio del magistrato con la prima valutazione di professionalità. Sentenze analoghe del Tribunale di Napoli hanno riconosciuto il diritto alle differenze retributive rispetto a posizioni di tipo amministrativo del Ministero della Giustizia.

Altri giudici, invece, es. Tribunale di Oristano (16 dicembre 2020), hanno ritenuto privo di fondamento il richiamo ai principi comunitari in materia di divieto di reiterazione di contratti a tempo determinato, oggetto di numerose decisioni della Corte di giustizia, tra le

²⁹ cfr. Corte cost., sentenza n. 187/2016 c.d. *Mascolo*.

quali è opportuno ricordare quella in materia di precariato scolastico³⁰.

In particolare, le *ragioni oggettive* di discriminazione sarebbero nella specie sussistenti e rappresentate, nella fattispecie, dalla natura onoraria e temporanea dell'incarico svolto dal giudice di pace e dalle considerazioni precedentemente illustrate in merito alle differenze di professionalità e funzioni rispetto alla magistratura togata. Ragioni oggettive che, ad avviso del giudice del lavoro, non renderebbero contraria all'ordinamento comunitario la facoltà del giudice di pace di ottenere, nell'ambito della normativa temporanea che le consente, alcune proroghe dell'incarico.

Il giudice del lavoro, pertanto, ha ritenuto sussistenti nel caso di specie ragioni oggettive che escluderebbero, come già visto a proposito di altri istituti, la violazione del divieto di discriminazione.

5. Riflessioni conclusive.

La magistratura onoraria nel *modello italiano* ha una consistenza numerica, rispetto alla componente togata, inferiore rispetto a quella di altri Stati europei; ciononostante è utilizzata in modo stabile per affrontare i carichi di lavoro, ed è richiesta di notevoli competenze tecniche, che la distinguono rispetto alla figura del giudice di prossimità e alla giurisdizione equitativa.

La riforma Orlando cerca di porre un argine al sistema delle proroghe con la temporaneità e la parzialità delle funzioni e omettendo di regolare istituti tipicamente lavoristici come il disciplinare e i trasferimenti; al contempo conferma in gran parte compiti e riti che devono osservare i magistrati onorari.

L'estensione, prevista dal d.d.l., al magistrato onorario di alcuni degli istituti tipici del rapporto di pubblico impiego quali, appunto, un sistema graduato e completo di sanzioni disciplinari irrogabili ed altresì la possibilità di ottenere un trasferimento per la cura di un familiare in condizioni precarie, appaiono anch'essi elementi in grado di renderne lo *status* in alcuni punti analogo a quello del magistrato ordinario. Anche l'istituto del riavvicinamento per l'assistenza di un familiare affetto da disabilità, attraverso il richiamo

³⁰ Corte di Giustizia, terza sezione, sentenza del 26 novembre 2014 nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13.

alla disciplina contenuta all'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992 milita in tal senso.

In particolare, appare difficilmente superabile la qualifica quali *lavoratori a tempo determinato* dei magistrati onorari che sono stati continuativamente impegnati per un ventennio con conseguente applicazione, in astratto, del divieto di discriminazione tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato basato solo su tale diversa qualifica.

Prescindendo dal fatto che tale divieto non comporta una meccanicistica parificazione retributiva, ma il dover assumere il trattamento economico normativo del lavoratore stabile come parametro di riferimento per determinare lo *standard* economico normativo del lavoratore a termine³¹, è nella cd. *comparabilità* delle prestazioni che viene ad emergere come l'attività svolta dai magistrati onorari non sia assimilabile a quella svolta dai magistrati togati sia per il diverso livello di qualifica richiesta per l'assolvimento delle stesse mansioni sia per lo spettro ben più ampio di compiti che gravano su questi ultimi. Inoltre, ad ulteriormente differenziare le due condizioni di magistrati onorari e togati milita la sussistenza di *ragioni obiettive* giustificatrici della diversità di trattamento, consistenti nella rilevanza assegnata dall'art. 106 della Costituzione alla designazione concorsuale dei magistrati ordinari.

L'impatto della sentenza della Corte di Giustizia del luglio 2020 rende, tuttavia, oggettivamente problematiche le decisioni del legislatore nazionale.

L'ampio ricorso alla magistratura onoraria, la creazione dell'Ufficio del giudice di pace, il ruolo considerevole svolto dai giudici onorari di tribunale e dai vice procuratori onorari, le prospettive dell'Ufficio per il processo, nel quale i GOP sono integrati, non si conciliano pienamente con l'idea di una figura destinata a lavorare a tempo parziale e per un periodo di tempo rigorosamente limitato, risultando necessari investimenti di formazione professionale non congruenti con un apporto temporalmente e funzionalmente circoscritto che può essere garantito dai GOP e VPO.

Ciò indurrebbe ad assicurare agli uffici giudiziari un contributo stabile e competente dei magistrati onorari, selezionati e assegnati alle loro funzioni solo dopo un adeguato periodo formativo; tali esigenze, all'evidenza, sono scarsamente compatibili con una figura di

³¹ B. Caruso e G. Minutoli, *Cui prodest? La riforma della magistratura onoraria tra tutela di diritti negati ed efficienza della Giustizia*, cit.

magistrato designato dalla riforma del 2016-2017.

Al tempo stesso non è possibile prevedere una figura di magistrato che non sia nominato per pubblico concorso, ex art. 106 Cost., né è possibile scindere radicalmente i percorsi dei magistrati ordinari, in considerazione della costituzionalizzazione dell'unità della giurisdizione e dell'impossibilità di creare una seconda categoria professionale di magistrati.

Ancora più complesse sono le scelte per i magistrati onorari già in servizio, che hanno assicurato la continuità del loro contributo per numerosi anni, in misura e con modalità diverse e che devono trovare una indennizzazione del loro precariato.

Risultano necessarie, pertanto, delle scelte di fondo: a) *semi-professionalizzare* i magistrati onorari, adottando ben più incisive riforme ordinamentali, sostanzialmente incidendo dell'art. 106 Cost. (ma toccare la Costituzione è cosa molto pericolosa); b) limitarne il ricorso, per il futuro, al minimo necessario facendo ritornare il giudice di pace ad un compito di giurisdizione di prossimità e più marcatamente equitativa o, almeno, semplificata (e, tuttavia, correlativamente, ampliando l'organico della magistratura ordinaria e dotando i magistrati di veri e propri assistenti a tempo pieno); c) ancora, ipotesi a mio avviso più realistica, conservare il giudice di pace abrogando le nuove competenze introdotte dalla Riforma Orlando e, nei casi di criticità degli indici di smaltimento o di arretrato, assicurare effettivi poteri decisorii ai GOP anche nel settore penale, delimitando rigorosamente le materie da loro trattabili e prevedendo, al tempo stesso, forme di tutela previdenziale realmente incisive. Comunque, deve escludersi la perpetuazione dei meccanismi di proroga per poter uscire dalla difficile spirale nella quale il legislatore italiano è venuto a trovarsi.

L'occasione della erogazione delle risorse del PNRR per colmare le croniche vacanze delle piante organiche, assicurare indennità adeguate ai GOP e dare effettività all'Ufficio per il processo sull'intero territorio nazionale, non può essere perduta.

Abstract: L'attuazione della Riforma Orlando si dimostra problematica sia in ragione del contenzioso insorto sulla tutela lavoristica dei magistrati onorari sia per la compatibilità dello statuto unico della magistratura onoraria rispetto ai principi costituzionali. Occorre fare i conti con le consolidate origini storiche di diverse figure di magistrato onorario e con lo stabile affidamento della giustizia, per superare l'arretrato, sul lavoro dei giudici onorari

di tribunale e dei viceprocuratori onorari.

La pur opportuna introduzione del sistema disciplinare e delle norme sui trasferimenti nelle proposte di riforma non si conciliano pienamente con l'idea di un magistrato non legato da un rapporto professionale con lo Stato in quanto destinato a svolgere le funzioni a tempo parziale e per un periodo di tempo rigorosamente limitato, mentre gli incentivi economici proposti alla categoria non rappresentano la strada ortodossa per conformarsi alla regole eurounitarie contro l'abusiva reiterazione dei contratti a termine. Ancora più complesse sono le scelte per i magistrati onorari già in servizio.

Per un servizio giustizia efficace servirebbe assicurare agli uffici giudiziari un contributo stabile e competente dei magistrati onorari di difficile compatibilità con l'art. 106 Cost. Risultano necessarie, pertanto, delle scelte di fondo come semi-professionalizzare i magistrati onorari incidendo sulla norma costituzionale, limitarne il ricorso al minimo necessario ritornando ad una giurisdizione laica di prossimità o conservare il giudice di pace abrogando le nuove competenze introdotte dal d. lgs. n. 116/2017. In ogni caso vanno assicurati effettivi poteri decisori ai GOP anche nel settore penale, limitatamente a determinate materie. Non può essere perduta, comunque, l'occasione della erogazione delle risorse del PNRR.

Abstract: The implementation of the Orlando Reform proves problematic for the dispute that has arisen over the labour protection of lay judges and for of the compatibility of the honorary magistracy statute to constitutional principles. It is necessary to reckon with the consolidated historical origins of various figures of honorary magistrates and with the stable reliance of justice on the work of honorary court judges and on honorary deputy prosecutors to overcome the backlog.

Their timely introduction in the reform proposals of a disciplinary system and of rules on transfers do not fully reconcile with the idea of a magistrate not bound by a professional relationship with the State as he is destined to perform his duties on a part-time basis and for a strictly limited period of time, while the economic incentives offered to the category do not represent the orthodox way to comply with the European Union rules against the abusive reiteration of fixed-term contracts.

For an effective justice service, it would be necessary to ensure to the judicial offices a stable and competent contribution of honorary magistrates, which is difficult to reconcile

with article 106 of the Constitution. Therefore, there are necessary basic choices to make such as semi-professionalizing the honorary magistrates by affecting the constitutional norm, or limiting their use to the minimum necessary by returning to a lay jurisdiction of proximity, or still preserving the existing honorary courts by repealing the new powers introduced by d. lgs. no. 116/2017. In any case, effective decision-making powers must be ensured to the GOP even in the criminal sector (limited only to certain offences). The opportunity of the PNRR funding resources cannot be lost.

Parole chiave: Magistratura onoraria – Riforma Orlando – art. 106 Costituzione.

Key words: honorary Magistracy – Orlando Reform – art. 106 of the Constitution.

L'UE PUÒ IMPORRE OBBLIGHI DI VACCINAZIONE? ALCUNE RIFLESSIONI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI ATTRIBUZIONE*.

di Nina Faiola**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Obbligo di vaccinazione e salute pubblica. – 3. Vaccini e tutela del mercato unico. – 4. Obbligo di vaccinazione e salute dei lavoratori. – 5. L'invocazione dell'art. 352 TFUE. – 6. Conclusioni.

203

1. Premessa.

La possibilità per le Istituzioni europee di imporre un obbligo di vaccinazione negli Stati membri esige di chiedersi, preliminarmente, se l'Unione europea disponga di competenze in tal senso.

Al fine di rispondere a tale quesito non si può prescindere dalla constatazione che la capacità dell'Unione di incidere negli ordinamenti nazionali, mediante l'imposizione di obblighi o attraverso attività di coordinamento, è delimitata dal principio di attribuzione, principio che governa il riparto di competenze tra i livelli normativi e che trova esplicito riconoscimento nella lettera dell'art. 5 TFUE. In virtù di tale principio, l'Unione agisce esclusivamente nell'ambito delle competenze che le sono state attribuite dai Trattati, ragion per cui una competenza non espressamente attribuita all'Unione resta oggetto di disciplina da parte delle norme nazionali¹.

L'inquadramento della materia all'interno di una tipologia di competenza – sia essa esclusiva, concorrente o di mero coordinamento – non è operazione esaustiva per individuare l'effettivo margine di azione dell'Unione. La centralità del principio di

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea nel corso di dottorato in “Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

¹ C. Giust. CE, sent. 14 dicembre 1971, *Commissione c. Francia*, causa 7/71, p. 3: «Gli Stati membri hanno convenuto d'istituire una Comunità di durata illimitata, dotata di organi permanenti investiti di poteri effettivi, poteri derivanti da una limitazione di competenze o da un trasferimento di attribuzioni dagli Stati alla Comunità stessa».

attribuzione impone, infatti, che non solo sia attribuita esplicitamente una competenza *ratione materiae*, ma che ogni iniziativa dell'Unione sia puntualmente fondata su una base giuridica, cioè su una norma del Trattato che legittimi l'esercizio della competenza da parte delle Istituzioni sovranazionali. La base giuridica, dunque, è la norma del Trattato che definisce l'estensione e la portata dell'azione dell'Unione, nonché l'indicazione delle procedure da seguire allo scopo di adottare un atto normativo.

Quanto premesso impone di dare risposta all'interrogativo di partenza mediante l'analisi delle norme del Trattato ovvero delle basi giuridiche in virtù delle quali l'Unione potrebbe adottare un atto normativo impositivo di un obbligo di vaccinazione negli Stati membri.

2. Obbligo di vaccinazione e salute pubblica.

Dovendo esaminare le norme del Trattato attributive all'Unione di un potere volto ad introdurre un obbligo di vaccinazione negli Stati membri, appare intuitiva – anche in ragione dello scopo che un atto siffatto avrebbe – l'analisi della competenza unionale nel settore della sanità².

A tal proposito, la materia della sanità pubblica è menzionata tra i settori oggetto di competenza c.d. di coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri, ai sensi dell'art. 6 TFUE³, e tra le competenze concorrenti, ai sensi dell'art. 4 TFUE⁴.

La collocazione all'interno dell'una o dell'altra tipologia di competenza non è priva di rilevanza. Si ricordi, infatti, che nei settori nei quali all'Unione è attribuita una competenza di coordinamento o complementare, lo spazio di intervento ad essa affidato non è autonomo, ma origina da politiche nazionali che gli Stati hanno conservato⁵. In questo

² In tema si leggano F. Bestagno, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 317; B. De Witte, *Les compétences exclusives des États membres existent-elles?*, in AA. VV, *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 306.

³ Articolo 6: «1. L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: a) tutela e miglioramento della salute umana [...]».

⁴ Articolo 4: «1. L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6. 2. L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: [...] k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato [...]».

⁵ Vedi art. 2, par. 5 TFUE.

senso, l'azione dell'Unione è funzionalmente limitata al sostenimento, al coordinamento o al completamento dell'attività degli Stati⁶.

Diverso è, invece, lo spazio di manovra riservato all'Unione nell'ambito di un settore che ricade all'interno della competenza concorrente⁷. In tale settore, l'Unione può sempre intervenire adottando atti normativi e precludendo agli Stati membri di esercitare la propria competenza normativa⁸ secondo l'effetto della c.d. *preemption*. Ciò comporta che l'esercizio della potestà normativa nazionale venga precluso a seguito dell'esercizio normativo da parte dell'Unione⁹.

In linea di principio, solo la seconda tipologia di competenza – quella concorrente – potrebbe legittimare l'introduzione di un atto normativo di matrice europea impositivo di obblighi vaccinali per i cittadini degli Stati membri, essendo tale possibilità preclusa nell'ambito della competenza complementare, settore in cui gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri¹⁰.

In concreto, l'effettiva portata dell'azione dell'Unione europea in materia sanitaria trova specifico riscontro normativo all'art. 168 TFUE¹¹, che funge da base giuridica, nonché parametro di validità, per l'adozione di atti normativi di rango secondario in materia di sanità pubblica.

L'articolo menzionato esordisce indicando il principio della *Health in all policies*¹², ossia della valorizzazione di un livello elevato di salute umana, quale filo conduttore nella definizione e attuazione di tutte le politiche dell'Unione. Ai sensi del par. 1, infatti, l'azione dell'Unione in materia sanitaria completa le politiche nazionali e «si indirizza al

⁶ Cfr. A. Tizzano, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento giuridico dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 249.

⁷ Vedi art. 2, par. 2, TFUE.

⁸ *Preemption* è il principio «in base al quale la regolamentazione dell'Unione europea avrebbe l'effetto di precludere a livello nazionale l'adozione di discipline divergenti». Così la Corte cost., sent. 17 luglio 2012, n. 199, ptt. 1.1 e 3 del considerato in fatto.

⁹ Sul punto si veda A. Arena, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli, Simone, 2013.

¹⁰ Vedi art. 2, par. 5, TFUE.

¹¹ M. Marletta, *Art. 168 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati sull'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 1517.

¹² *Health in All Policies* (HiAP) è stato un termine usato per la prima volta in Europa durante la presidenza finlandese dell'Unione europea (UE), nel 2006, con l'obiettivo di collaborare tra i vari settori per raggiungere obiettivi comuni. È una strategia per includere considerazioni sanitarie nell'elaborazione delle politiche in diversi settori che influenzano la salute, come i trasporti, l'agricoltura, l'uso del suolo, l'alloggio, la sicurezza pubblica e l'istruzione.

miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero».

Dunque, l'art. 168 TFUE lascia alla responsabilità degli Stati membri «la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica», vietando all'Unione europea «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» in materia di sanità.

In questo senso, quindi, l'azione dell'Unione si inquadra nella competenza complementare risultando limitata, in riferimento alla tutela della salute umana, al sostegno, al coordinamento e al completamento dell'azione degli Stati membri¹³.

Di segno parzialmente opposto risulta, invece, la disposizione contenuta nell'art. 168, par. 4, lett. c), che, inquadrandosi in una competenza di tipo concorrente, amplia le prerogative di intervento riservate all'azione dell'Unione. In particolare, ivi si prevede che, in conformità dell'art. 4, par. 2, lett. k), il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino, per affrontare i problemi comuni di sicurezza, misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico. Inoltre, al par. 5 del medesimo articolo è consentito all'Unione europea di adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera.

L'attribuzione di una competenza di tipo concorrente conferisce all'Unione, come già detto, la possibilità di una progressiva espansione delle proprie prerogative nei confronti degli Stati membri secondo l'effetto della *preemption*. Tuttavia, se in astratto, questa tipologia di competenza consentirebbe l'imposizione di obblighi vaccinali ai cittadini degli Stati membri, in concreto, gli ambiti di intervento indicati nella base giuridica di cui all'art. 168 TFUE inducono ad escludere tale possibilità. La normativa dell'Unione, infatti, può imporre obblighi limitatamente al rispetto di parametri di qualità di dispositivi medici,

¹³ In questo senso anche A. Galletti, *Corona Virus ed Unione europea: i dispositivi IPRC e la Task Force del 2 marzo 2020*, in *Bio Law Journal*, 2020.

escludendo la possibilità di armonizzazione della normativa nazionale nella materia sanitaria *tout court* considerata.

A fortiori, il divieto di introduzione di obblighi vaccinali imposti dall'azione dell'Unione viene anche enunciato dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁴, il quale sancisce il diritto alla «protezione della salute». In esso si stabilisce che «ogni cittadino ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria [...] alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali».

In altre parole, anche alla luce delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali oltre che dell'art. 168 TFUE, la sanità pubblica resta un settore in cui l'intervento europeo rimane di carattere limitato – ivi compresa la possibilità di introdurre un obbligo vaccinale – perché gli Stati membri hanno attribuito all'Unione un margine di intervento ridotto.

Nello spazio di intervento attribuito - si ribadisce - è fatto divieto all'Unione di introdurre qualsivoglia misura di armonizzazione nazionale in materia sanitaria e di conseguenza, implicitamente, ciò esclude la possibilità introdurre obblighi vaccinali.

3. Vaccini e tutela del mercato unico.

Sebbene, nell'ambito della sanità pubblica, il ruolo dell'Unione appaia connotato da un margine di azione ridotto, non può affermarsi che l'intero settore sanitario – ivi compreso il settore vaccinale – sia sottratto alla disciplina unionale.

Quando si fa riferimento a tale settore occorre constatare, infatti, che quest'ultimo non solo s'iscrive nell'alveo delle competenze in materia di pubblica sanità ai sensi dell'art. 168 TFUE, ma può essere oggetto di disciplina anche nell'ambito di competenze differenti, nelle quali l'Unione ha maggiore ambito di intervento.

A tal riguardo, merita menzione l'art. 114 TFUE¹⁵ che costituisce la base giuridica utilizzata per l'adozione di norme aventi come scopo la realizzazione di un mercato in cui sia garantita la libera circolazione a livello transnazionale di merci, persone, servizi e capitali¹⁶.

¹⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione (GUUE L. 303 del 14.12.2007). La Carta è diventata giuridicamente vincolante nell'UE con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a dicembre 2009, ed ora ha lo stesso effetto giuridico dei trattati dell'Unione.

¹⁵ P. De Pasquale e O. Pallotta, *Art. 114 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati*, cit.

¹⁶ Tali obiettivi vengono menzionati all'art. 26 TFUE.

In particolare, l'art. 114 TFUE attribuisce alle Istituzioni la possibilità di adottare misure relative al ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La norma indica come *iter* decisionale per l'adozione delle misure la procedura legislativa ordinaria¹⁷ ed attribuisce alla Commissione la possibilità di avanzare proposte aventi ad oggetto la materia della sanità.

Più precisamente, il par. 3 della norma stabilisce che la Commissione, «nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità [...], si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici». Occorre, dunque, chiedersi se sulla base dell'art. 114 TFUE – in particolare alla luce del richiamo alla materia della sanità di cui al paragrafo 3 – l'Unione possa adottare un atto che tuteli la salute.

In senso affermativo si è pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea che, aggirando i limiti imposti dall'art. 168 TFUE, ha consentito alle Istituzioni di tutelare indirettamente la salute pubblica facendo ricorso all'art. 114 TFUE. Nella sentenza in tal senso più rilevante¹⁸, la Corte era chiamata ad individuare la corretta base giuridica della direttiva 2014/40¹⁹ avente come obiettivo quello di creare condizioni unitarie per il commercio dei prodotti del tabacco negli Stati membri e di garantire un elevato livello di tutela della salute umana. In particolare, si richiedeva alla Corte se la direttiva adottata sulla base dell'art. 114 TFUE, tutelando anche la salute dei consumatori di tabacco, potesse contrastare con l'art. 168, par. 5, TFUE che pone un divieto di armonizzazione in materia di sanità pubblica.

La Corte, in quella sede, affermò la legittimità di un atto di armonizzazione quando siano soddisfatte le condizioni per il ricorso all'art. 114 TFUE (ovvero quando l'atto abbia lo scopo di eliminare gli ostacoli esistenti o potenziali al funzionamento del mercato interno) pur in presenza di finalità di ordine sanitario²⁰.

Alla luce della conclusione abbracciata dalla Corte, è difficile pensare che un atto

¹⁷ Vedi art. 294 TFUE.

¹⁸ C. Giust. UE, sent. 4 maggio 2016, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, causa C-358/14.

¹⁹ Direttiva 2014/40/UE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE (GUUE L. 13 del 18.01.2016).

²⁰ Cfr. F. Bestagno, *Il "battesimo del fuoco" della direttiva sui prodotti del tabacco, tra esigenze di armonizzazione e di tutela della salute pubblica*, in *European Papers*, 2016.

impositivo di un obbligo di vaccinazione possa essere rispettoso delle condizioni previste dall'art. 114 TFUE. Questa disposizione indica, infatti, che l'atto da adottare sia volto ad armonizzare le disposizioni «aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno». La Corte di giustizia ha precisato che possono essere considerate tali le misure che vengono adottate quando esistano «disparità tra le normative nazionali» che possano comportare un «rischio astratto di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza, nonché in caso di divergenze tra le normative nazionali qualora queste siano tali da costituire ostacolo alle libertà fondamentali ed incidere, in tal modo, direttamente sul funzionamento del mercato interno ovvero a creare sensibili distorsioni della concorrenza»²¹.

In altre parole, le misure adottabili sulla base dell'art. 114 TFUE devono avere lo scopo di migliorare le condizioni di instaurazione e funzionamento del mercato interno. Per tale ragione, un atto impositivo di un obbligo di vaccinazione, in assenza di correlazioni con la tutela del mercato unico, non sarebbe compatibile con lo scopo della disposizione²².

Potrebbe poi essere avanzata l'ipotesi che, per un atto di questo genere, l'Unione possa fare ricorso ad un cumulo di basi giuridiche, facendo riferimento al combinato disposto di cui all'art. 114 e 168 TFUE²³. È noto che il ricorso ad un cumulo di basi giuridiche si giustifica per la coesistenza nell'atto di componenti o finalità di pari importanza. Nel caso concreto, occorrerebbe dunque dimostrare che l'obiettivo della tutela della salute umana sia del pari preponderante all'obiettivo di migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento

²¹ C. Giust. UE, sent. 8 giugno 2010, *Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, causa C-58/08.

²² Un atto di questo genere, oltretutto, sarebbe violativo dei principi di sussidiarietà e proporzionali. In tema si leggano G. De Burca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Year. Eur. Law*, 1994; E. Ellis, (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999.

²³ Secondo la Corte di giustizia l'utilizzo dell'art. 168 TFUE in combinato disposto con l'art. 114 TFUE permette di superare il divieto di adottare misure armonizzanti di cui all'art. 168 par. 5 TFUE se l'obiettivo è quello ottenere un elevato livello di protezione della salute (cfr. C. Giust. UE, sent. 4 maggio 2016, *Philip Morris*, causa C-547/14; C. Giust. UE, sent. 4 maggio 2016, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, causa C-358/14; C. Giust. UE, sent. 10 dicembre 2002, *British American Tobacco*, causa C-491/01). A tale duplice base giuridica si riferisce, a mero titolo esemplificativo, la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (GUUE L. 88 del 4.4.2011). In tema, si vedano G. Guerra, *La mobilità transfrontaliera dei pazienti*, in *Salute e Diritto*, 2014; A. Errante Parrino, *La direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un diritto alla salute europeo*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 4; A. Bonomo, *Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma*, in *Foro Amm.*, n. 3/2001; L. Prudil, *Implementation of the Directive 2011/24/EU in the Czech Republic*, in *European Journal of Health Law*, n. 2/2014; M. Kattelus, *Implementation of the Directive on the Application on Patient's Rights in Cross-border Healthcare (2011/24/EU) in Finland*, in *European Journal of Health Law*, 2014.

del mercato interno. Tuttavia, se è ragionevole presumere che un atto che impone un obbligo di vaccinazione negli Stati membri è senza dubbio finalizzato a tutelare la salute umana, rimangono dubbie le sue implicazioni in relazione al funzionamento del mercato interno. Se così fosse, viene meno la possibilità di giustificare il ricorso al cumulo di basi giuridiche.

4. Obbligo di vaccinazione e salute dei lavoratori.

Sin qui si è escluso che l'Unione possa introdurre obblighi vaccinali sulla base delle norme dei Trattati che disciplinano la materia della pubblica sanità e del ravvicinamento del mercato interno. Occorre, adesso, interrogarsi sulla sussistenza eventuale di una base giuridica che, indicando come scopo dell'atto la tutela dei lavoratori, possa attribuire all'Unione la possibilità di introdurre obblighi vaccinali nel settore lavoristico. L'interrogativo non è di scarsa rilevanza. L'avanzare della pandemia con i rischi ad essa connessi desta preoccupazione in merito alla necessità di frenare la diffusione della malattia mediante la creazione di ambienti di lavoro sicuri che tutelino tanto il singolo lavoratore, quanto chi con questi interagisca.

A tal riguardo, ai sensi dell'articolo 153 TFUE, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri per migliorare l'ambiente lavorativo al fine di promuovere la tutela, la salute e la sicurezza dei lavoratori. Tale obiettivo può essere raggiunto attraverso l'adozione di direttive che chiariscano le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro²⁴. Le direttive emanate per la tutela dei lavoratori sui luoghi di lavoro seguono il procedimento legislativo ordinario di cui all'art. 294 TFUE, che prevede la collaborazione del Consiglio e del Parlamento, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni²⁵.

L'art. 153 TFUE è stato utilizzato come base giuridica per l'adozione di norme²⁶ che si

²⁴ Vedi art. 153, par. 2, lett. *b*), TFUE.

²⁵ Diversa è, invece, la procedura per l'adozione delle direttive nelle ipotesi di cui all'art. 153, par. 1, lett. *c*), *d*), *f*) e *g*), ove il Consiglio delibera secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati.

²⁶ Per una disamina della disciplina normativa si veda il sito: Salute e sicurezza sul luogo di lavoro (europa.eu).

preoccupano della sicurezza nei luoghi di lavoro. Tra queste, in particolare, va menzionata la direttiva quadro 89/391/CEE²⁷ da taluni considerata la pietra miliare della disciplina europea sul tema della sicurezza dei lavoratori.

Tale direttiva pone un particolare accento sulla cultura della prevenzione tramite l'introduzione di misure preventive, l'informazione, la consultazione, la partecipazione equilibrata e la formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti nel settore pubblico e privato²⁸. Tale atto normativo è stato integrato, nel corso del tempo, da più di venti direttive incentrate su aspetti specifici della sicurezza e della salute sul lavoro²⁹, che si applicano a tutti i lavoratori, a prescindere dalla nazionalità, dal settore, dall'attività o dalla professione. Tra le varie direttive integrative merita menzione la direttiva 2000/54/CE³⁰ relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro. Le disposizioni in essa contenute si applicano alle attività in cui i lavoratori sono o possono essere esposti ad agenti biologici a causa della loro attività lavorativa e stabilisce, per qualsiasi attività che possa comportare un rischio di esposizione ad agenti biologici, le misure da adottare al fine di determinare la natura, il grado e la durata dell'esposizione dei lavoratori a tali agenti. L'allegato III della direttiva 2000/54/CE elenca gli agenti biologici di cui è noto che possano causare malattie infettive nell'uomo, classificati secondo il livello del rischio di infezione.

La Commissione – al fine di fronteggiare la pandemia in corso in considerazione dei dati clinici ed epidemiologici disponibili, delle caratteristiche del virus, della modalità di trasmissione, e dei fattori di rischio per l'infezione sui luoghi di lavoro – è intervenuta con

²⁷ Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GUCE L. 183 del 29.6.1989). Sul tema si vedano A. Neal, *La direttiva quadro europea in materia di salute e sicurezza dei lavoratori: una sfida per il Regno Unito*, in M. Biagi (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive cee*, Rimini, Giuffrè, 1996, p.199; S. Renga, *La sicurezza del lavoro nelle prospettive nazionali e comunitarie*, in *LD*, 1991.

²⁸ In particolare, la direttiva 89/391/CEE prevede una serie di obblighi per i datori di lavoro, tra cui la valutazione dei rischi professionali per la sicurezza e la salute dei lavoratori e, nel quadro delle loro responsabilità, l'adozione delle misure necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, di informazione e di formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari.

²⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea, 16 luglio 2020 – Orientamenti relativi ai lavoratori stagionali nell'UE nel contesto della pandemia Covid-19.

³⁰ Direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro (GUCE L. 262 del 17.10.2000).

la direttiva 2020/739³¹. Con tale strumento normativo il SARS-CoV-2 (che ha causato la pandemia COVID-19) è stato aggiunto nell'allegato III della direttiva 2000/54/CE quale agente patogeno ad alto rischio. Ciò, al fine di continuare a garantire un'adeguata protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro.

L'integrazione compiuta ad opera della direttiva del 2020 comporta che il datore di lavoro, sia esso pubblico o privato, in sede di valutazione dei rischi, dovrà prendere in considerazione ogni informazione disponibile sull'agente biologico e predisporre le misure più idonee a contenere il rischio secondo la normativa vigente, l'esperienza e la tecnica.

Da quanto più da vicino ci interessa, la direttiva 2000/54/CE, nell'elencare i presidi di sicurezza adottabili da parte dei datori di lavoro in presenza di agenti di rischio, menziona i vaccini. In particolare, all'art. 14 della direttiva 2000/54/CE è previsto che, ove si rendano necessarie particolari misure di prevenzione, dovranno essere resi disponibili vaccini efficaci per i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico al quale sono o possono essere esposti. Quando il datore di lavoro mette a disposizione dei vaccini, la vaccinazione deve essere eseguita conformemente alle legislazioni o prassi nazionali³².

Orbene, la direttiva 2000/54/CE, pur affermando la possibilità che il datore di lavoro metta a disposizione dei lavoratori il vaccino contro il COVID, nulla proferisce in merito all'obbligatorietà del trattamento, non essendo concessa la possibilità di introdurre un siffatto obbligo da parte del datore né da parte degli Stati membri³³.

La ragione risiede nella generale impossibilità di introdurre, ai sensi dell'art. 153 TFUE, obblighi per gli Stati membri posto che trattasi di una competenza di mero coordinamento delle politiche nazionali. Inoltre, nella clausola conclusiva dell'articolo si legge che ogni disposizione, adottata in forza della disposizione, non può compromettere la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale.

La tipologia di competenza, rafforzata dall'esplicito divieto contenuto nella clausola di

³¹ Direttiva (UE) 2020/739 della Commissione del 3 giugno 2020 che modifica l'allegato III della direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo e che modifica la direttiva (UE) 2019/1833 della Commissione (GUUE L. 175 del 3.7.2020).

³² Codice di condotta raccomandato per la vaccinazione - allegato VII alla direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro.

³³ Un obbligo in questo senso non è introdotto nemmeno in virtù dei fini specifici che la direttiva intende raggiungere mediante l'opera traspositiva degli Stati membri.

chiusura dell'articolo, è dunque ostativa all'introduzione di un obbligo di vaccinazione, obbligo che rientrerebbe nella facoltà statale di disciplinare la sicurezza sociale.

Oltretutto, un atto di questo genere sarebbe caratterizzato, invero, dalla presenza di una componente preponderante che non risiede nelle materie elencate nell'art.153 TFUE, ma che trova fondamento normativo nell'art. 168 TFUE relativo alla salute umana ed alla prevenzione della propagazione delle malattie. In questo senso, varrebbero le limitazioni già specificate in precedenza che ostacolerebbero l'adozione di un atto normativo impositivo di un trattamento sanitario.

5. L'invocazione dell'art. 352 TFUE.

L'impossibilità di rinvenire all'interno delle norme dei Trattati una base giuridica che in maniera esplicita consenta all'Unione di introdurre obblighi vaccinali, impone di interrogarsi sulla possibilità di invocare quei meccanismi che consentono di stemperare la rigidità del principio di attribuzione. Il riferimento è alla dottrina dei poteri impliciti ed alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE.

Quanto al primo meccanismo invocato, è sufficiente ricordare che la dottrina dei poteri impliciti³⁴, di matrice giurisprudenziale³⁵, è ancorata all'idea che l'Unione non possieda i soli poteri che le sono espressamente trasferiti dagli Stati membri ma anche, implicitamente, quei poteri necessari all'esercizio dei poteri espressi, dei quali risulterebbe altrimenti pregiudicato l'effetto utile³⁶.

³⁴ R. Calvano, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, Giappichelli, 2006; S. Stadlmeier, *Die 'Implied Powers' der Europäischen Gemeinschaften*, in *Austrian J. Public & Int. L.*, 1997, p. 353.

³⁵ Come è noto la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla teoria dei poteri impliciti per giustificare l'attribuzione alla passata Comunità economica europea del potere di concludere accordi internazionali con Stati terzi od organizzazioni internazionali anche al di là delle ipotesi in cui tale potere le è espressamente conferito dal Trattato istitutivo. La Corte di giustizia ha desunto tale potere dalle disposizioni che regolano la competenza interna nella materia considerata, argomentando che per le inevitabili ricadute dell'esercizio di tale competenza su rapporti coinvolgenti anche Stati terzi, essa intanto potesse essere efficacemente esercitata in quanto fosse accompagnata da una parallela competenza esterna nella stessa materia. Cfr. C. Giust. CE, sent. 31 marzo 1971, *Accordo europeo sul trasporto di merci su strada (AETS)*, causa 22/70. In tema si vedano A. Dashwood and J. Heliskoski, *The Classic Authorities Revisited*, in A. Dashwood e C. Hillion (a cura di), *The General Law of EC External Relations*, Cambridge, 2001; A. Dashwood e M. Marescau (a cura di), *Law and Practice of EU External Relations, Salient Features in a Changing Landscape*, Cambridge, 2009.

³⁶ Cfr. C. Giust. CE, sent. 9 luglio 1987, *Germania c. Commissione*, cause riunite 281, da 283 a 285 e 287/85.

Volendo ipotizzare l'invocabilità della dottrina dei poteri impliciti per l'adozione di un atto introduttivo di un obbligo vaccinale, deve rilevarsi l'assenza del presupposto per la sua azionabilità. Più precisamente, in un'ipotesi di questo genere, mancherebbe una norma attributiva di un potere espresso dal quale, per necessità, far derivare un potere implicito necessario per il suo esercizio.

Quanto al secondo meccanismo invocato – la cd. clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE³⁷ – esso permette alle Istituzioni dell'Unione di muoversi al limite del sistema delle competenze attribuite, andando quasi al di fuori del perimetro disegnato dai Trattati, senza tuttavia dover fare ricorso alla procedura di revisione degli stessi³⁸.

Per circoscrivere la portata di questa clausola deve rilevarsi che la sua attivazione è subordinata ad una serie di rigorose condizioni sostanziali e procedurali menzionate nell'articolo 352 TFUE.

In primis, le misure adottate devono risultare necessarie al fine di conseguire gli obiettivi stabiliti dai Trattati ove questi ultimi non abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine.

Tuttavia, come specificato dalla Corte di giustizia, la semplice realizzazione di un obiettivo dell'Unione non basta per azionare la clausola di flessibilità che, altrimenti, finirebbe per conferire alle Istituzioni un potere *in bianco* idoneo a scardinare il principio di attribuzione. Più in particolare, la Corte di giustizia ha affermato che l'invocabilità della clausola è fortemente limitata in un ordinamento basato sul principio delle competenze attribuite. In questo contesto, il meccanismo in parola non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato; «né esso può essere utilizzato come base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura prevista dal trattato medesimo»³⁹.

In altri termini, la clausola di flessibilità non può giustificare un'iniziativa svincolata dal complesso generale delle competenze dell'Unione. Proprio per questo motivo, il ricorso

³⁷ Sull'articolo si vedano R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea, Processo costituente e governance economica*, Torino, Il Mulino, 2015; S. Bariatti, *Art. 352*, in A. Tizzan (a cura di), *Trattati*, cit., p. 2551.

³⁸ Cfr. F. Munari e L. Calzolari, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *Eurojus. L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2220, p. 34.

³⁹ C. Giust. UE, parere 28 marzo 1996, n. 2/94.

alla clausola di flessibilità è consentito solo ove nessuna norma del Trattato attribuisca la competenza alle Istituzioni necessaria per l'adozione di un atto.

Alla luce di queste considerazioni, il ricorso alla clausola di flessibilità per l'adozione di un atto impositivo di un obbligo di vaccinazione appare chiaramente precluso. All'Unione europea, come si è rilevato precedentemente, sono state attribuite nei Trattati competenze nell'ambito della sanità pubblica. Tali competenze, tuttavia, ai sensi dell'art. 168 TFUE, appaiono limitate e preclusive della possibilità di armonizzare i sistemi sanitari nazionali⁴⁰. Di conseguenza, l'utilizzo dell'art. 352 TFUE condurrebbe sostanzialmente ad un'elusione dei Trattati.

In senso ostativo all'introduzione di un obbligo vaccinale mediante la clausola di flessibilità, deporrebbe anche il secondo requisito che l'art. 352 TFUE indica come presupposto per l'invocabilità del meccanismo.

Questo requisito richiede, sotto il profilo istituzionale, che l'utilizzo dell'art. 352 TFUE debba essere proposto dalla Commissione e votato all'unanimità dal Consiglio, previa approvazione parlamentare. Si tratta di un *iter* decisionale avente lo scopo di assicurare la più ampia partecipazione istituzionale e un equilibrio fra i molteplici interessi in gioco⁴¹.

L'*iter* procedurale, specie in relazione alla necessità di ottenere il consenso unanime del Consiglio, appare di non facile realizzazione soprattutto in ragione della circostanza che, in una materia di tale rilievo come la salute umana, non sarebbe affatto agevole superare le resistenze di tutti gli Stati membri.

6. Conclusioni.

La disamina delle basi giuridiche sin qui condotta consente di tirare le fila del discorso e di rispondere all'interrogativo posto in partenza.

Le competenze attribuite all'Unione non permettono l'adozione di norme in materia di sanità pubblica, ivi compresa la possibilità di introdurre un obbligo di vaccinazione. Ed anzi, un esplicito divieto in tal senso è ricavabile dalla previsione di cui all'art. 35 della

⁴⁰ In questo senso anche l'art. 352, par. 3, TFUE, ove viene sancito che «le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono».

⁴¹ Cfr. O. Porchia, *op. cit.*

Carta dei diritti fondamentali ove il diritto ai trattamenti sanitari, siano essi preventivi che curativi, è assicurato alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

L'ambito di intervento riservato all'Unione europea è destinato infatti, per lo più, ad incoraggiare il coordinamento delle politiche sanitarie negli Stati membri⁴².

Proprio nell'ottica di interventi di coordinamento, la Commissione europea, per fronteggiare la pandemia in corso, ha presentato la Strategia dell'UE per i vaccini contro COVID-19. Nel documento viene delineato l'approccio dell'Unione per accelerare lo sviluppo, la produzione e la distribuzione di vaccini anti COVID-19. Il fine della strategia è quello di consentire agli Stati membri, e dunque ai cittadini europei, l'accesso al vaccino; ed il modo più rapido e più efficace per conseguire questo fine è di realizzarlo mediante un'azione congiunta. Si legge, infatti, nella Strategia UE che «nessuno Stato membro ha da solo la capacità di garantire investimenti nello sviluppo e nella produzione di un numero sufficiente di vaccini. Una strategia comune consente di attenuare e condividere meglio i rischi e di mettere in comune gli investimenti per accrescerne la portata e la rapidità e ottenere economie di scala»⁴³.

In tema di vaccini, inoltre, deve essere menzionato l'accordo tra la Commissione europea e gli Stati membri, riguardante modalità e impegni reciproci che le parti condividono per la negoziazione della fornitura dei vaccini. L'accordo è oggetto della decisione della Commissione del 18 giugno 2020⁴⁴. Sulla base dell'accordo, alla Commissione è attribuita la responsabilità delle procedure negoziali con le aziende farmaceutiche, mentre agli Stati rimane la responsabilità dell'utilizzo e della somministrazione dei vaccini nell'ambito delle rispettive pianificazioni⁴⁵.

Merita menzione anche il sostegno economico dell'Unione europea nel campo della

⁴² Ancora prima della emergenza sanitaria in corso, precisamente nel dicembre 2018, il Consiglio ha adottato una raccomandazione finalizzata a rafforzare la collaborazione a livello dell'UE sulle malattie a prevenzione vaccinale. L'iniziativa mira a contrastare la riluttanza nei confronti dei vaccini, migliorare il coordinamento sul fronte dell'approvvigionamento, sostenere la ricerca e l'innovazione e rafforzare la collaborazione europea sulle malattie a prevenzione vaccinale. I Paesi membri dell'UE sono incoraggiati a definire e attuare piani nazionali di vaccinazione, con iniziative volte a migliorare la copertura, e ad introdurre controlli di routine sullo stato dei vaccini.

⁴³ Comunicazione della Commissione del 17.6.2020. Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la Covid-19, disponibile su eur-lex.europa.eu.

⁴⁴ Commission decision of 18.6.2020 approving the agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures.

⁴⁵ Cfr. M. Cozzio, F. Fracchia e F. Smerchinich, *La contrattazione pubblica dei vaccini anti covid-19. Una visione comparata*, in *Osservatorio appalti*, 2020, disponibile su *Appalti Pubblici: Osservatorio di diritto comunitario e nazionale* (unitn.it).

vaccinazione. L'Unione europea mette a disposizione parte dei fondi del *Programma Horizon Plus* per i progetti di ricerca scientifica e medica sul Coronavirus⁴⁶.

Si ricorda, poi, che per sostenere gli Stati membri per il miglioramento delle condizioni di lavoro, l'Unione europea è intervenuta con l'emanazione della già citata direttiva UE 2020/739 che, tra gli agenti patogeni ad alto rischio per i lavoratori, menziona il COVID-19.

Tale ultima direttiva presta il fianco ad interrogarsi circa la possibilità di comminare una qualche misura sanzionatoria nei confronti del lavoratore che, contravvenendo all'obbligo imposto dal datore, rifiuta di farsi inoculare il vaccino contro il COVID-19. A tal riguardo, innanzitutto, deve precisarsi che la direttiva menzionata, pur facendo riferimento alla vaccinazione, non obbliga alcuno a sottoporsi al trattamento sanitario preventivo e dunque non consentirebbe la realizzazione di uno scenario di questo genere.

In ogni caso, una siffatta ipotesi, laddove si realizzasse, imporrebbe un bilanciamento tra interessi contrapposti: i diritti del singolo all'autodeterminazione ed al rifiuto di un trattamento sanitario, da una parte; la tutela della collettività che, per motivi di contagio a catena, potrebbe essere compromessa dalla scelta di un singolo individuo, dall'altra. Occorrerebbe, quindi, effettuare una delicata ponderazione dei diritti in gioco. Da tale bilanciamento, tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea – in assenza di una norma dell'Unione alla luce della quale vagliare l'applicazione – sarebbe esautorata⁴⁷.

In conclusione, da quanto rilevato, sebbene l'Unione si sia attivata per fronteggiare la pandemia in corso promuovendo la collaborazione tra gli Stati membri, non può prospettarsi alcuna possibilità di introdurre un obbligo di vaccinazione. In questo senso

⁴⁶ Sempre in ottica di collaborazione tra gli Stati per il contenimento della pandemia, sebbene non relativa al tema dei vaccini, va menzionata la raccomandazione del Consiglio del 20 gennaio 2021 sul rafforzamento dell'uso di test antigenici rapidi e sul riconoscimento reciproco dei risultati dei test per il Covid-19 (Council Recommendation of 20.01.2021 on a common framework for the use and validation of rapid antigen tests and the mutual recognition of COVID-19 test results in the EU). La raccomandazione ha lo scopo di creare un meccanismo comune per la convalida e il riconoscimento reciproco dei test antigenici rapidi e dei test RT-PCR tra gli Stati membri così da consentire la condivisione dei dati attraverso una piattaforma digitale, l'elaborazione di un elenco comune di test, l'indicazione delle situazioni che giustificano l'uso i test.

⁴⁷ C. Giust. UE, ord. 17 luglio 2014, *Milica Široká / Úrad verejného zdravotníctva Slovenskej republiky*, causa C-459/13, ove ritiene inammissibile per difetto di competenza la questione relativa all'obbligo di vaccinazione imposto ad un minore secondo la legislazione dello Stato membro. Ciò, tuttavia, non ha escluso che la Corte di Giustizia si pronunciasse, in relazione al settore vaccinale sotto altri aspetti che, sebbene non inerenti all'imposizione del trattamento, appaiono senz'altro di rilevante importanza. A tale riguardo, deve essere ricordata sentenza C. Giust. UE, sent. 21 giugno 2017, *N.W and others v. Sanofi Pasteur*, causa C-621/15. In questa sentenza, in merito ai danni provocati dalla vaccinazione, la Corte si è espressa affermando che «in mancanza di consenso scientifico, il difetto di un vaccino e il nesso di causalità tra il medesimo e una malattia possono essere provati con un complesso di indizi gravi, precisi e concordanti».

depongono le norme dei Trattati che vincolano l'azione dell'Unione europea entro i margini delineati dalle singole basi giuridiche. Deve, pertanto, darsi atto che un eventuale obbligo in tal senso, laddove imposto, travalicherebbe i confini di quanto, in virtù del principio di attribuzione, resta attribuito alla sovranità degli Stati membri.

Abstract: La somministrazione delle prime dosi di vaccino ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ha alimentato il dibattito in merito all'eventualità di un obbligo di vaccinazione di derivazione europea.

A tale proposito, la centralità del principio di attribuzione delle competenze impone che all'Unione, non solo sia attribuita una competenza in merito, ma che ogni iniziativa sia puntualmente fondata su una base giuridica, cioè su una norma del Trattato che legittima l'esercizio della competenza da parte delle Istituzioni sovranazionali.

Il presente contributo ha lo scopo di condurre un'analisi sulle basi giuridiche in virtù delle quali l'Unione europea potrebbe adottare un atto normativo impositivo di un obbligo di vaccinazione negli Stati membri.

Abstract: The administration of the first COVID-19 vaccines to the EU citizens has fueled the debate about the possibility that the European Union might introduce a vaccination obligation.

In this regard, the principle of conferral represents a key point. It requires on one side that an explicit competence is conferred to the European Union; and on the other, any act must have a legal basis, specifically an article of Treaty that gives the EU the legal right to the exercise of competences from European Institutions.

This contribution aims to analyse if the European Union could adopt a legal act to impose a mandatory vaccination in the Member States, according to the legal basis.

Parole chiave: COVID-19 – Unione europea – basi giuridiche – obbligo di vaccinazione – principio di attribuzione.

Key words: COVID-19; European Union – legal basis – mandatory vaccination – principle of conferral.

DAI DECRETI SICUREZZA AL DECRETO IMMIGRAZIONE: SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL CASO SEA WATCH TRA DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO INTERNAZIONALE *.

di Davide Antonio Ambroselli**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il caso Sea Watch 3. – 2.1. La decisione del Gip sulla sussistenza dei presupposti per l'arresto. – 2.2. La Corte di Cassazione si esprime sulla mancata convalida dell'arresto del capitano della Sea Watch 3. – 2.3. Brevi considerazioni tra il diritto interno e il diritto consuetudinario internazionale. – 3. Dal decreto sicurezza-*bis* al decreto immigrazione: molti nodi ancora scoperti.

219

1. Premessa.

Con il dissequestro della nave Sea Watch 3, ed il successivo rigetto da parte della Cassazione del ricorso della procura di Agrigento, che si era opposta alla decisione del Gip di non convalidare l'arresto del Capitano della ONG Sea Watch 3 in seguito alla forzatura del blocco imposto dalle autorità italiane, giunse a conclusione una lunga vicenda dal significativo impatto mediatico avente ad oggetto il braccio di ferro portato avanti dalla ONG impiegata nel recupero dei richiedenti asilo in mare ed il Ministro dell'Interno *pro tempore*.

A quella data l'esperienza del Governo Conte-I si era da poco conclusa, registrando numerosi casi di divieto di sbarco, tra cui appunto quello rivolto nei confronti della nave

* Sottoposto a referaggio.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

battente bandiera tedesca Sea Watch 3, medesimo divieto imposto anche nei confronti delle navi Diciotti, Open Arms¹ e Gregoretti², per citare i casi più famosi.

Le decisioni sull'interdizione all'ingresso nelle acque territoriali italiane sono state adottate sulla base della disciplina dettata dal decreto legge n. 53/2019 (Gazz. Uff. 14 giugno 2019, n. 138.), noto come *decreto sicurezza-bis* in ragione della sua ideale continuità con il decreto legge n. 113/2018 (legge n. 32/2018), recante misure in materia di immigrazione e sicurezza pubblica, a sua volta noto come *decreto Sicurezza* il quale attribuiva in capo al Ministro dell'interno la competenza a limitare o vietare l'ingresso, il transito, la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di sicurezza pubblica o di contrasto di violazioni delle leggi sull'immigrazione.

La materia è stata quindi oggetto di riscrittura da parte del Governo Conte-*bis*, tramite l'adizione del c.d. decreto immigrazione (decreto legge n. 130/2020), il cui articolo 1, comma 1, lettera *c*) sopprime la previgente disciplina riproponendone una poco dissimile³,

¹ La Nave Open Arms, battente bandiera spagnola, noleggiata dalla ONG Pro-Activa Open Arms. I fatti risalgono al 1° agosto 2019 quando la nave era impiegata nel soccorso di 55 migranti prelevati in zona SAR libica. Veniva data quindi subito comunicazione alle autorità libiche ed ai centri di coordinamento (RCC) italiano e maltese. Il giorno seguente la medesima nave traeva in salvo 39 persone, Malta si dichiarava disponibile a prendere unicamente queste ultime. Nel mentre, il Ministro dell'interno aveva già dichiarato il divieto di sbarco per le persone già a bordo. Al fine di evitare di sbarcare alcune persone a Malta e trattenere le altre senza un POS, il comandante della nave faceva rotta verso l'Italia ritenendo il porto più vicino. Così il 20 agosto, alla luce delle condizioni critiche dei passeggeri, la procura di Agrigento disponeva lo sbarco di tutte le persone rimaste a bordo. In data 20 marzo 2021, al termine dell'udienza preliminare, la Procura di Palermo ha chiesto il rinvio a giudizio del Ministro dell'interno *pro tempore*, con l'accusa di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio. Secondo l'accusa, il leader della Lega ad agosto del 2019 avrebbe illegittimamente negato lo sbarco a 147 migranti soccorsi a largo di Lampedusa dalla nave della ONG Open Arms. Per una analisi della vicenda e per un raffronto con fattispecie simili più recenti cfr. G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Asilo/protezione internazionale, Diritti senza confini*, 26 febbraio 2020.

² La nave Giorgetti come quella Diciotti sono state parimenti al centro del dibattito pubblico per le implicazioni politiche conseguenti alla richiesta di autorizzazione a procedere avanzata dal Tribunale dei ministri, competente per territorio, nei confronti dell'ex Ministro dell'interno nel Governo Conte I, per il reato di sequestro di persona aggravato, ovvero per aver negato lo sbarco alla nave, a detta del Tribunale dei Ministri, senza un ragionevole motivo. Più precisamente il predetto Tribunale inoltrava a Palazzo Madama l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione prevista come condizione di procedibilità dell'azione penale nei confronti di ministri per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, ai sensi di ciò che dispone l'art. 96 Cost., come riformulato dalla l. cost. 1/1989. Sul procedimento in questione Cfr. A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"* in *Federalismi.it*, 4 settembre 2019.

³ Per un raffronto tra il decreto sicurezza bis ed il decreto immigrazione si rimanda a *Dossier del Servizio Studi Camera e Senato* n. 305/02 dell'11 dicembre 2020, p. 42. Ne rileva la quasi totale identità, F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 comma 2 del d.l. n. 139/2020*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 4 gennaio 2021. Secondo l'A. "lo slancio innovatore della riforma, la quale – perlomeno nelle dichiarazioni di intenti – era animata anche dalla volontà di porre fine alla conflittuale stagione dei 'porti chiusi', sia stato quasi completamente vanificato dalla preoccupazione, prevalente, di conservare la sovranità delle autorità statali sulla gestione dei flussi migratori

se non nella parte relativa alle sanzioni, intervenendo sulla disciplina relativa alla possibilità di limitazione di transito e di sosta delle navi mercantili nel mare territoriale quando ricorrano motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità con le previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 1982⁴.

e sul controllo dei confini nazionali, perpetuando dunque la subalternità assiologica e giuridica delle istanze solidaristiche di cui sono espressione le attività di soccorso in mare svolte dalle imbarcazioni delle ONG".

⁴ Con il decreto legge n. 1/2020, viene soppressa allo stesso tempo la disposizione che prevedeva nei casi di violazione del transito o sosta in acque territoriali italiane, e salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato, l'applicazione al comandante della nave della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000 (con estensione della responsabilità solidale all'armatore della nave), e la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione. Sulla base della novella normativa, fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 cod. nav. (regio decreto n. 327/1952) per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alla suddetta Convenzione di Montego Bay del 1982, resa esecutiva dalla legge n. 689/1994, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e previa informazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale. Sono escluse le fattispecie nelle quali le operazioni di soccorso siano state immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate a norma di legge. Nei casi di inosservanza del divieto o del limite la pena è ridotta rispetto alla previgente formulazione con una multa da euro 10.000 ad euro 50.000, senza che si protenda per il sequestro della nave. Sono contestualmente oggetto di abrogazione le previsioni inserite dal decreto sicurezza bis agli articoli 11 e 12 del T.U. immigrazione che prevedevano, in particolare, una sanzione amministrativa da 150.000 a 1.000.000 euro. Tale previsione si aggiunge a quanto attualmente stabilito dall'articolo 1102 cod. nav. che - al di fuori da quanto previsto dal codice penale all'articolo 260 - dispone la reclusione fino a due anni e la multa fino a 516 euro per il comandante della nave o del galleggiante, nazionale o straniero, che non osservi il divieto o il limite di navigazione imposti dall'articolo 83. (Cfr. *Dossier servizio studi Senato e Camera dell'11 dicembre 2020, Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza*). Le modifiche facevano seguito alla lettera (cfr., *infra*) con la quale il Presidente della Repubblica, in sede di promulgazione, precisava in particolare: "I contenuti del provvedimento appena promulgato sono stati, in sede di conversione, ampiamente modificati dal Parlamento e non sempre in modo del tutto omogeneo rispetto a quelli originari del decreto legge presentato dal Governo. Al di là delle valutazioni nel merito delle norme, che non competono al Presidente della Repubblica, non posso fare a meno di segnalare due profili che suscitano rilevanti perplessità.

Per effetto di un emendamento, nel caso di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali - per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull'immigrazione - la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile è stata aumentata di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta.

Osservo che, con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. Non appare ragionevole - ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto - fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità. Va anche ricordato che, come correttamente indicato all'articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto "nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia", così come ai sensi dell'art. 2 "il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale". Nell'ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo».

"[...] Tanto Le rappresento, rimettendo alla valutazione del Parlamento e del Governo l'individuazione dei modi e dei tempi di un intervento normativo sulla disciplina in questione.

Nonostante la breve vigenza dei decreti sicurezza, questi trovarono sin da subito concreta applicazione in seguito alle molteplici implicazioni collegate ai casi citati; in modo particolare per il caso Sea Watch (vedi *infra*).

L'introduzione della normativa *de quo* fu conseguenza della politica dei c.d. porti chiusi⁵ e, dall'altra, dall'affievolimento, ormai da diversi anni, delle diverse missioni con le quali lo Stato italiano si era direttamente impegnato nelle attività di ricerca e soccorso in mare dei migranti che tentavano di attraversare il Mediterraneo⁶.

Nello specifico la disciplina introdotta tramite la modifica dell'art. 11 del decreto legislativo n. 286/1998 (T.U. immigrazione), prevedeva che il Ministro dell'Interno – con provvedimento da adottare di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, informato il Presidente del Consiglio – potesse limitare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale: a) per motivi di ordine e sicurezza pubblica⁷; b) quando si concretizzino le condizioni relative alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti previste dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare di Montego Bay, la quale considera come «pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato» costiero il passaggio di una nave straniera se, nel mare

Devo inoltre sottolineare che la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019, ha ribadito la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti”.

⁵ La definizione divenne un *tormentone* dell'allora Ministro dell'interno che lanciò durante il suo comizio alla Pontina nel 2018: "I porti per chi traffica esseri umani sono e resteranno chiusi. Oggi c'è una terza nave che prenderà la via di un altro Paese e ce ne saranno anche una quarta una quinta e così via, finché gli scafisti non la smetteranno". Successivamente definizione ripresa anche in dottrina, cfr, tra i tanti, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pp. 1859 ss.

⁶ Alla missione *Mare Nostrum*, cessata nel 2014, seguirono nuove operazioni a guida UE, tra le quali *Triton*, avviata il 1° novembre 2014, e *Themis*, avviata il 1° febbraio 2018, "il cui obiettivo fondamentale è, tuttavia, passato dalla salvaguardia delle vite in mare al controllo delle frontiere", V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 1/2018, p. 6. Sono inoltre operative nell'ambito UE specifiche missioni e operazioni nel Mediterraneo. In particolare, oltre all'operazione citata, sono due le operazioni dell'UE nel mediterraneo nell'ambito del coordinamento dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) per salvare i migranti a rischio e lottare contro il traffico di migranti, per un totale di tre missioni: a) operazione Themis (ex operazione Triton) che copre il mediterraneo centrale; b) operazione Poseidon, che copre il Mediterraneo orientale; c) operazione Indalo, che copre il Mediterraneo occidentale. Cfr. *Dossier servizio studi Camera e Senato*, cit., p. 46.

⁷ Si ricorda che la nozione di *sicurezza* è richiamata più volte nella prima parte della Carta costituzionale (art. 13, libertà personale, art. 16, libertà di circolazione, art. 17 libertà di riunione). A sua volta, nell'ambito delle materie di competenza legislativa esclusiva statale, l'endiadi «ordine pubblico e sicurezza» è oggetto dell'art. 117, comma 2, lett. h), Cost. declinato dalla Corte costituzionale come «materia che attiene alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico», inteso quale «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge la civile convivenza nella comunità nazionale» (*ex multis* sentenze n. 118 del 2013, n. 35 del 2011, n. 129 del 2009 e n. 108 del 2017). E' inoltre materia di competenza legislativa esclusiva statale la "sicurezza dello Stato" (art. 117, secondo comma, lett. d), Cost.) ed è richiamata dagli articoli 120 e 126 Cost. in materia, rispettivamente, di potere sostitutivo dello Stato e di scioglimento del Consiglio regionale e rimozione del Presidente della giunta.

territoriale, la nave è impegnata, tra le altre, in un'attività di carico o scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero⁸.

L'adozione del provvedimento previsto dalla disposizione in commento è consentita «nell'esercizio delle funzioni di coordinamento previste dall'articolo 11, comma 1-*bis*, del testo unico immigrazione e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia» Nello svolgimento di tale compito il Ministro agiva quale Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 121/1981.

In merito agli «obblighi internazionali dell'Italia» — che la novellata disciplina non richiama più espressamente⁹ — questi ricomprendono tutti gli obblighi assunti dall'Italia in virtù dell'adesione a trattati internazionali, inclusa l'appartenenza all'Unione europea e, più in generale, la conformità alla normativa internazionale ed ai relativi principi generali (art. 10 Cost.).

Tra gli altri può richiamarsi quanto disposto dalla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (cosiddetta Convenzione SAR), adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979 che obbliga gli Stati a definire una zona di propria competenza per le attività di ricerca e soccorso (*search and rescue regions, meglio conosciute come zone SAR*)¹⁰.

⁸ Per un approfondimento sul diritto del mare, con particolare riferimento alla nozione di mare-aperto e semi-chiuso, si rimanda a U. Leanza, *Il regime giuridico internazionale del mare mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008.

⁹ Il comma 2 dell'articolo 1 de decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 dispone: "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale. Le disposizioni del presente comma non trovano comunque applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146. Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000."

¹⁰ *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*, firmata ad Amburgo il 27 aprile del 1979 nell'ambito dell'*International Maritime Organization (IMO)*, resa esecutiva in Italia con la l. 3 aprile del 1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28 aprile 1994, n. 662. Cfr. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2019, p. 513, ove l'A. chiarisce che la loro creazione "comporta solo obblighi e responsabilità per lo Stato [...]". Lo Stato costiero

Inoltre, nell'apprestare i servizi di ricerca e salvataggio, i firmatari sono tenuti a garantire la soddisfazione di alcuni requisiti essenziali tra i quali, a titolo esemplificativo: la predisposizione di un adeguato quadro giuridico, la designazione di un'autorità competente al coordinamento di salvataggio; la razionale organizzazione delle risorse disponibili; la messa a punto di appositi piani operativi e di collaborazione nazionale ed internazionale¹¹. A sua volta la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (cosiddetta Convenzione SOLAS), adottata a Londra il 12 novembre 1974, obbliga il comandante di una nave — che sia in posizione tale da poter prestare assistenza — avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se è possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave stia effettuando tale operazione.

La richiamata Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 dispone inoltre che ogni Stato esiga che il comandante di una nave battente bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita e proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo qualora sia a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui si possa “ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa”¹².

Dal 1° luglio 2006 sono inoltre entrati in vigore per l'Italia gli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR, adottati dall'Organizzazione marittima mondiale (International Maritime Organization - IMO)¹³.

non gode di alcun diritto o potere all'interno della sua zona s.a.r.: non può impedire a una nave di entrarvi, non può precludere ad una nave di prestare soccorso nel suo interno e non può imporre al comandante della nave che ha soccorso persone in pericolo un determinato comportamento, per esempio di trasferirle su altre navi”.

¹¹ I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione cittadinanza*, n. 3/2017, p. 1 ss.

¹² L'obbligo di salvare vite umane in mare rappresenta un principio cardine del diritto internazionale. Le sue prime manifestazioni giuridiche risalgono ad alcuni Trattati multilaterali di diritto marittimo dell'inizio del Novecento, periodo a partire del quale tale dovere è stato ribadito in ogni successiva Convenzione internazionale relativa al diritto del mare progressivamente specificato nel suo contenuto, il quale oggi consta di «due componenti: l'obbligo di prestare soccorso, che incombe sugli Stati di bandiera e sui comandanti, e l'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso [...] che incombe sugli Stati costieri». Cfr. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue*, cit., p. 508.

¹³ Le due convenzioni furono emendate nel 2004, dopo la vicenda della nave norvegese *Tampa*, che nel 2001 aveva raccolto in mare 438 richiedenti asilo afgani ma alla quale fu vietato dalle autorità australiane l'accesso ai porti nazionali per più di una settimana, generando una crisi diplomatica con la Norvegia, finché la situazione si sbloccò con l'avanzamento di una richiesta di accoglimento da parte dello Stato di Naru, sotto il

Nonostante negli emendamenti non sia richiesto allo Stato nella cui zona SAR sia avvenuto il salvataggio di fornire la disponibilità di un luogo di sicurezza (*Place of Safety* – POS), impone agli Stati di coordinarsi e cooperare per far sì che i comandanti delle navi siano sollevati dagli obblighi di assistenza delle persone tratte in salvo, con una minima ulteriore deviazione, rispetto alla rotta prevista. Nelle Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC.167-78 del 2004) viene previsto che il Governo responsabile per la regione SAR in cui sia avvenuto il recupero è tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito¹⁴.

Ed è proprio sulla base della suddetta disciplina che la comandante della Sea Watch, Carola Rackete, chiese soccorso allo Stato italiano.

2. Il caso Sea Watch 3.

La Sea Watch 3 è stata la prima nave destinataria del provvedimento di divieto di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali italiane, in conformità con quanto previsto dal decreto *sicurezza-bis*. Ciò nonostante, com'è noto, il capitano della nave violò tale interdizione con la motivazione di portare al sicuro le persone a bordo, in condizioni precarie ormai da molti giorni.

La vicenda è ormai nota: il 12 giugno un barcone con a bordo circa 50 migranti provenienti dalla Libia veniva soccorso in acque internazionali dall'equipaggio della ONG Sea Watch 3 la quale, dopo aver disatteso le indicazioni della Guardia Costiera libica che aveva indicato lo sbarco a Tripoli, porto ritenuto non sicuro dal comandante della nave, faceva rotta verso il porto di Lampedusa chiedendo all'Italia un *Place of Safety*. Il centro nazionale italiano di coordinamento del soccorso in mare, appositamente contattato, denegava la propria competenza e non indicava, sulla base della relazione di polizia giudiziaria, “alcun Pos

pagamento di una somma di denaro. Cfr. risoluzione *Maritime Safety Committee* dell'OMI (organizzazione marittima internazionale) del 20 maggio 2004, G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis"*, cit.

¹⁴ Ciò spiega anche – come tra l'altro affermato espressamente da Carola Rackete – perché i naufraghi soccorsi non siano stati consegnati alle autorità libiche. Cfr. *Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare*, dove si legge che: «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12).

dove potere sbarcare i naufraghi". Nelle more della traversata, quando la nave si trovava ancora in acque internazionali, entrava in vigore il decreto legge n. 53/2019 (decreto sicurezza-*bis*).

Sulla base della predetta normativa, il Ministro dell'interno vietava l'ingresso dell'imbarcazione nelle acque territoriali italiane. Avverso tale decreto, che disponeva appunto il divieto di ingresso, veniva esperito ricorso al TAR del Lazio per la sospensione in via cautelare dell'efficacia del provvedimento ministeriale. La richiesta veniva tuttavia rigettata il 19 giugno in ragione della circostanza che i soggetti vulnerabili erano stati sbarcati e che pertanto non residuavano ragioni di eccezionale gravità tali da giustificare la sospensiva. Mentre la nave rimaneva nelle prossimità delle coste di Lampedusa, difatti, era giunta l'autorizzazione allo sbarco di alcuni dei componenti della nave, ritenuti in condizioni di salute maggiormente precarie.

Si giungeva così alla richiesta di una pronuncia in via cautelare ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte EDU¹⁵.

Il ricorso veniva motivato sulla base del fatto che il diritto alla vita ed il divieto di trattamento inumani e degradanti, di cui la Convenzione si fa protettrice, sarebbero stati violati in seguito alla prolungata permanenza dei naufraghi in mare, senza che a questi venisse concessa la possibilità di attracco e protezione internazionale.

La Corte dei diritti rigettava quindi il ricorso sulla base del fatto che non fosse più possibile ravvisare il rischio imminente (*an imminent risk of irreparable harm*), elemento imprescindibile ai fini dell'accoglimento dei ricorsi esperiti *ex art. 39* del Regolamento della Corte¹⁶.

Nei giorni seguenti, aggravatasi le situazioni a bordo della nave, e vedendo vanificata anche quest'ultima strada del ricorso alla Corte di Strasburgo, l'ONG tedesca nella notte del 29 giugno, nonostante il divieto imposto, attraccava sulle coste italiane.

La comandante veniva quindi incriminata per le fattispecie di cui all'articolo 1100 del codice della Navigazione (resistenza o violenza contro nave da guerra) e 337 c.p.

¹⁵ La procedura di cui all'articolo 39 del Regolamento di procedura della Corte può essere esperito nei casi in cui, dal mancato sollevamento del ricorso in via cautelare, possa derivare l'impossibilità di tutelare i diritti sanciti nella Convenzione che si assumono essere lesi qualora non si agisca prontamente. Sul giudizio innanzi la Corte CEDU, B. Randazzo, *Il Giudizio dinanzi alla Corte Europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 4/2011, spec. p. 19 ss.

¹⁶ Sulla richiesta di *interim measures* rivolta alla Corte di Strasburgo, cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2019.

(resistenza a pubblico ufficiale), per aver urtato nella fase di attracco una nave della Guardia di Finanza.

2.1. La decisione del Gip sulla sussistenza dei presupposti per l'arresto.

In sede di convalida, il giudice escludeva la sussistenza dell'ipotesi di cui all'articolo 1100 del codice della navigazione, sulla base del fatto che «le unità navali della Guardia di Finanza sono considerate navi da guerra solo quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare mentre in questo caso la nave della Guardia di Finanza operava in acque territoriali, all'interno del Porto di Lampedusa»¹⁷.

Per la diversa contestazione di cui all'articolo 337 c.p. – si legge nell'ordinanza – «il fatto deve essere di molto dimensionato rispetto alla prospettazione accusatoria», risultando «scriminato, ai sensi dell'art. 51 c.p., per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere: l'attività del capitano della Sea Watch 3, di salvataggio in mare di soggetti naufraghi, deve, infatti, considerarsi adempimento degli obblighi derivanti dal quadro normativo internazionale»¹⁸.

In base all'art. 10 della Costituzione, «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute; tra queste rientrano quelle

¹⁷ La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6626/2020, nel confermare la decisione assunta dal Gip, precisa che «dalla normativa emerge infatti che esse sono navi militari, ma non possono essere qualificarsi come navi da guerra, perché in questo caso necessitano di altri requisiti come: 'essere comandata da un Ufficiale di Marina al servizio dello stato e iscritto nell'apposito ruolo degli Ufficiali o in documento equipollente, il che nel caso in esame non è dimostrato' [...]».

¹⁸ Sul punto, la medesima sentenza della Cassazione (*cf.* nota 9) ricorda come autorevole dottrina affermi che ai sensi dell'art. 385 c.p.p non è richiesto «che la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima o della causa di non punibilità 'appaia evidente', ma che essa sia 'verosimilmente esistente'. L'art 385 c.p.p. in tale senso è coerente con la previsione dell'art. 13 della Costituzione, pertanto 'in presenza di verosimile' rappresentazione di una causa di giustificazione, opera il divieto di cui all'art. 385 c.p.p e l'atto di arresto eventualmente compiuto non è legittimo». Per una disamina più approfondita sul tema, si rimanda a C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete in Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, fasc. n. 1/2020. Lo conferma il fatto che la legge non richiede al Gip che la presenza dell'esimente «sia stata positivamente comprovata in termini di certezza, essendo sufficiente, a tal fine, la sussistenza di un elevato o rilevante grado di probabilità che il fatto sia compiuto in presenza di tale causa di giustificazione». Da qui la conclusione che «la valutazione del Giudice di Agrigento, che ha ritenuto non ci fossero i presupposti per convalidare l'arresto, eseguito in quel descritto contesto fattuale, poiché operante il divieto di cui all'art. 385 cod. proc. pen., è corretta».

poste dagli accordi internazionali in vigore in Italia, le quali assumono, in base al principio fondamentale *pacta sunt servanda*, un carattere di sovra-ordinazione rispetto alla disciplina interna ai sensi dell'art. 117 Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

Per quello che attiene alla normativa internazionale, il giudice per le indagini preliminari ricordava la necessità di fare «riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982 (c.d. UNCLOS – *United Nations Convention of the law of the sea*), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 2 dicembre 1994, n. 689/1994, che costituisce testo normativo fondamentale in materia di diritto della navigazione», e che «l'art. 98 della Convenzione UNCLOS¹⁹ impone al comandante di una nave di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare nonché di recarsi il più presto possibile in soccorso delle persone in difficoltà qualora venga informato che tali persone abbiano bisogno di assistenza, nei limiti della ragionevolezza dell'intervento».

Anche «la Convenzione cd. SOLAS firmata a Londra nel 1974 e resa esecutiva in Italia con legge 23 maggio 1980, nr. 313 (e successivi emendamenti) impone al comandante della nave di prestare assistenza alle persone che si trovino in pericolo. Va considerata, infine, la Convenzione SAR (*Search and Rescue*) – Convenzione sulla ricerca e il soccorso in mare, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979 e resa esecutiva in Italia con legge 3 aprile 1989, n. 47. Tale Convenzione, riguardante la ricerca e il salvataggio marittimo, si fonda sul principio della cooperazione internazionale e stabilisce che il riparto delle zone di ricerca e salvataggio avvenga d'intesa con gli altri Stati interessati».

«Alla luce di tale normativa» – si legge nell'ordinanza – «i poteri-doveri di intervento e coordinamento da parte degli apparati di un singolo Stato nell'area di competenza non escludono (anzi, in un certo senso impongono in base all'obbligo sopra delineato) che unità navali di diversa bandiera possano iniziare il soccorso allorquando lo richieda l'imminenza del pericolo per le vite umane. L'obbligo di diritto internazionale, incumbente

¹⁹ Art. 98, par. 1, UNCLOS, intitolato «Duty to render assistance», secondo cui «Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

(a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;

(b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;

(c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call».

sul comandante di una nave di procedere al salvataggio (del natante e, quando ciò non sia possibile, delle persone che vi si trovino a bordo) trova, in particolare nel diritto interno, un rafforzamento di tipo penalistico nell'art. 1158 Codice della Navigazione che sanziona penalmente l'omissione da parte del comandante di nave, nazionale o straniera, di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne sussiste l'obbligo a norma dell'art. 490 del codice medesimo ossia allorché la nave in difficoltà sia del tutto incapace di effettuare le manovre».

Ne deriva che «il principio della libertà degli Stati di regolare i flussi di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità)» deve essere bilanciata, in favore di questi ultimi, «con i limiti derivanti dal diritto consuetudinario e dai limiti che lo Stato stesso si impone mediante l'adesione ai trattati internazionali, idonei a conformare la stesa sovranità nazionale», tra i quali figurano il «dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi e l'obbligo, in capo alle autorità statali, di soccorrere e fornire prima assistenza, allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato».

Il giudice passa quindi all'esame dell'art. 11, comma *ter*, decreto legislativo n. 286/1998 (introdotto dal decreto legge n. 53/2019, nella sua previgente formulazione) evidenziando come il divieto interministeriale da essa previsto (di ingresso, transito e sosta) possa avvenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello Stato costiero. Peraltro, «l'eventuale violazione del citato art. 11, comma 1 *ter* – si ribadisce sanzionata in sola via amministrativa – non fa venir meno l'inderogabile disposto di cui all'art. 10 *ter* del d.lgs. 286 del 1998, avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso, prima, e la conduzione presso gli appositi centri di assistenza, poi».

Il descritto segmento finale della condotta dell'indagata (la resistenza a pubblico ufficiale da parte del capitano della Sea Watch) – conclude l'ordinanza – «costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale, si badi bene, non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro. Conclusivamente, la Comandante ha agito conformemente alla previsione di cui all'art. 51 c.p., che esime da pena colui che abbia commesso il fatto per adempiere a un dovere impostogli da una norma giuridica o da un ordine legittimo della

pubblica autorità»²⁰.

Si giungeva quindi alla decisione della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 6626 del 20 febbraio 2020²¹, confermava le decisioni intercorse nei giudizi precedenti.

2.2. La Corte di Cassazione si esprime sulla mancata convalida dell'arresto del capitano della Sea Watch 3.

Avverso l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari, il PM della Procura di Agrigento ricorreva per l'annullamento della decisione del Giudice per le indagini preliminari in merito alla mancata convalida dell'arresto nei confronti del capitano della nave Sea Watch 3 per i reati contestati previsti dagli art. 1100 cod. nav. (Resistenza o violenza contro nave da guerra) e art. 337 cod. pen. (Resistenza a pubblico ufficiale) per aver asseritamente adottato atti di resistenza e di violenza contro una motovedetta della Guardia di finanza e del relativo equipaggio. La Corte di Cassazione, nel ricostruire la vicenda²², ricordava come il giudice *a quo* avesse fatto ampio ricorso, nell'argomentare la sua decisione imperniata sulla configurabilità della causa di giustificazione dell'art. 51 cod. pen., al diritto internazionale e, in modo particolare, al dovere di soccorso in mare, propendendo per l'insussistenza inoltre del reato di cui all'articolo 1100 cod. nav., per l'impossibilità di riconoscere nella motovedetta italiana il requisito della «nave da guerra» richiesto dalla norma.

²⁰ In senso contrario rispetto alla decisione di mancata convalida da parte del GIP, S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. Decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter, dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998*, in *Questionegiustizia.it*, p. 21 ss.

²¹ Cassazione penale, Sezione III, Sentenza 20 febbraio 2020 (ud. 16 gennaio 2020), n. 6626 Presidente Lapalorcia, Relatore Gai.

²² Punto 11, p. 12, *cons. in diritto*. Il Collegio sottolinea come il controllo di ragionevolezza effettuato dal giudice della convalida, debba avere come parametro l'articolo 13 della Costituzione che, al primo comma, sancisce il principio della inviolabilità della persona e, al secondo comma, il principio in base al quale non è ammessa forma alcuna di detenzione, ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra forma altra della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. Infine, al terzo comma, consente solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza, tassativamente elencati dalla legge, che l'autorità di pubblica sicurezza possa adottare provvedimenti provvisori, i quali devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

In merito alla libertà personale, il giudice della nomofilachia ricorda come la convalida nel processo penale discenda proprio dalla previsione, di rango costituzionale, per cui un organo *incompetente* sia autorizzato, sussistendone le condizioni, a sostituirsi ad un organo *competente*, emettendo, a titolo provvisorio, un atto rientrante, di regola, nelle attribuzioni dell'autorità legittimata, in via ordinaria, a statuire in merito alla sfera di libertà del singolo.

Il giudice di Agrigento riteneva configurabile la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di soccorso che comporta, sulla base dell'art. 385 cod. proc. pen., uno specifico divieto di arresto in flagranza e di fermo; tale causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima o della causa di non punibilità, ricorda la Cassazione sulla base della giurisprudenza pregressa, non deve apparire «evidente», ma è necessario che sia «verosimilmente esistente».

Alla luce di quanto esposto, il Collegio riteneva la causa di giustificazione congruamente argomentata, tanto da renderla «verosimilmente esistente».

Il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari ripercorre in modo ampio le fonti internazionali (Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS - *Safety of Life at Sea*, Londra, 1974, Convenzione SAR di Amburgo del 1979, Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 1982) sia allo scopo di individuare il fondamento giuridico della causa di giustificazione, identificata nell'adempimento di un dovere di soccorso in mare, sia al fine di delinearne il contenuto idoneo a scriminare la condotta di resistenza²³.

Ed è proprio sulla base delle fonti pattizie citate in tema di soccorso in mare, e prima ancora, dell'obbligo consuetudinario di soccorso in mare, norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno in forza del disposto di cui all'articolo 10, comma 1, Cost., che si è ottenuto il convincimento del giudice circa la mancata convalida dell'arresto del capitano della Sea Watch 3.

La tesi sostenuta dal PM, secondo la quale l'attività di salvataggio si fosse esaurita con il recupero a bordo della nave, viene ritenuta dal Collegio del tutto errata: difatti l'obbligo di prestare soccorso, ricorda la Corte, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (*place of safety*)²⁴.

²³ Punto 9, p. 10, *cons. in diritto*.

²⁴ Punto 9, p. 11, *cons. in diritto*. Il punto 3.1.9 della citata Convenzione SAR dispone: «Le Parti devono assicurare il coordinamento e la cooperazione necessari affinché i capitani delle navi che prestano assistenza imbarcando persone in pericolo in mare siano dispensati dai loro obblighi e si discostino il meno possibile dalla rotta prevista, senza che il fatto di dispensarli da tali obblighi comprometta ulteriormente la salvaguardia della vita umana in mare. La Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione (Marittima Internazionale). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le

Ricorda ancora la Corte, richiamando le motivazioni del giudice di Agrigento, come le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC.167-78 del 2004) allegata alla Convenzione SAR, dispongano che il Governo responsabile per la regione SAR in cui sia avvenuto il recupero, sia tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito²⁵.

Nel confermare le valutazioni del giudice di Agrigento, la Cassazione ribadiva l'impossibilità di qualificare come «luogo sicuro» una nave in balia degli eventi meteorologici avversi in mare, né può considerarsi tale la permanenza in nave dei naufraghi tale da configurare il dovere di soccorso, essendo questi ultimi nell'impossibilità di esercitare il diritto di presentazione della domanda di protezione internazionale, secondo la Convenzione di Ginevra del 1951. Ancora, la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa chiarisce come «la nozione di «luogo sicuro» non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali» (punto 5.2.) e che, pur non essendo fonte diretta del diritto, costituisce un criterio interpretativo imprescindibile del concetto di «luogo sicuro» nel diritto internazionale²⁶.

2.3. Brevi considerazioni tra il diritto interno e il diritto consuetudinario internazionale.

Come si è avuto modo di vedere, tra i motivi che hanno portato il tribunale investito del giudizio a protendere per la scriminante vi è l'espresso richiamo al diritto internazionale consuetudinario.

Il giudice non manca di evidenziare come la disciplina introdotta dal decreto *sicurezza-bis*, quale fonte dell'ordinamento, non possa porsi in contrasto con quelli che la Carta costituzionale definisce «obblighi internazionali dell'Italia»: tale espressione ricomprende tutti gli obblighi assunti dall'Italia in virtù dell'adesione a trattati internazionali, inclusa

disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile».

²⁵ Secondo le citate Linee guida, "Sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative". (par. 6.13).

²⁶ Punto 9, p. 12, *cons. in diritto*.

l'appartenenza all'Unione europea e, più in generale, la conformità alla normativa internazionale ed ai relativi principi generali (art. 10 Cost.).

Come è noto, la vigenza del diritto internazionale, scritto e non, all'interno del nostro ordinamento avviene sulla base dagli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione. La nostra Costituzione risulta largamente improntata sul presupposto della separazione degli ordinamenti, escludendo categoricamente che le norme internazionali possano produrre effetti in ambito nazionale se non formalmente recepite in corrispondenti norme interne, per il tramite dei comuni meccanismi di adattamento: uno su tutti è la ratifica del trattato internazionale che avviene tramite una legge di recepimento o ordine di esecuzione, di cui all'articolo 80 Cost. Nonostante la testé richiamata prospettiva dualista²⁷, la Costituzione contiene numerosi richiami all'osservanza del diritto internazionale, che denotano una spiccata sensibilità del costituente nel proiettare armonicamente il nostro Paese nella vita di relazione internazionale e verso il pieno rispetto delle regole poste dalla Comunità degli Stati²⁸. I trattati internazionali, sulla base delle storiche decisioni n. 348 e 349 della Corte costituzionale, ottengono ingresso nel nostro ordinamento come *fonti interposte*, pertanto il loro ingresso nell'ordinamento non può essere in contrasto con i principî costituzionali²⁹. Sulla base del postulato che vede tali fonti normative come *interposte*, al pari di ciò che avviene tra legge delega e decreto legislativo sul piano della gerarchia delle fonti interne, le norme prodotte a livello comunitario, seppur direttamente applicabili, dovranno comunque essere conformi al dettato costituzionale.

Tale prospettazione ha trovato conferma con la modifica dell'art. 117, comma 1, Cost., derivante dall'approvazione della legge costituzionale n. 3/2001 (c.d. legge *la Loggia*), sulla base della cui modifica, rimane a carico del legislatore ordinario e regionale un

²⁷ In estrema sintesi, la scuola *monista* individua il diritto internazionale e quello interno come un unico corpo di norme, al contrario i fautori della dottrina *dualista* sostengono che i due ordinamenti siano separati e autonomi. Nel primo caso l'antinomia andrebbe risolta tramite il criterio gerarchico, nel secondo caso la disputa si apre tra concezioni possibiliste circa un contatto tra i due ordinamenti, per esempio tramite il criterio della specialità ed altre concezioni che escludono la possibilità di alcuna prevalenza di un ordinamento sull'altro. Sul punto, su tutti, cfr. R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, V. ed., Napoli 1968, p. 42 e ss.

²⁸ In tal senso, cfr. G. Barile, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova 1987, pp. 55-57.

²⁹ Per quanto concerne il diritto pattizio comunitario, oggi UE, sin dalla c.d. sentenza *La Pergola* l'ordinamento italiano, tramite il criterio della *non applicazione* (del diritto interno in favore di quello comunitario), è riuscito a consentire, tramite una lettura adeguatrice dell'art. 11 Cost., l'ingresso automatico della normativa UE nel nostro ordinamento senza che fosse necessario, di volta in volta, alcun atto interno di recepimento; superando in tal modo la prima giurisprudenza costituzionale che esponeva il nostro Stato ad una precaria vigenza delle norme comunitarie nell'ordinamento interno.

espesso vincolo di rispetto degli obblighi internazionali e di quelli derivanti dall'ordinamento UE³⁰. Più precisamente, quali norme interposte, i trattati andrebbero

³⁰ La novella costituzionale, anche a seguito dell' interpretazione fornita tramite le sentenze c.d. gemelle citate, ci consegna un modello di recepimento delle fonti sovranazionali che si dipana da una parte con la normativa che discende dagli organismi UE, per la quale vale la diretta applicazione e conseguente *non applicazione* del diritto interno, e dall'altra la normativa contenuta nei trattati, si pensi alla Convenzione CEDU, per la quale l'eventuale contrasto tra norme dovrà essere risolto tramite il classico modello del sollevamento del giudizio davanti la Corte. Chiarezza sul punto, come richiamato, è derivata solo a seguito dalle *sentenze gemelle* (Sent. 347 e 348 del 2007) con le quali il giudice delle leggi ha precisato le modalità di attuazione del sistema di tutela delineato dalla CEDU. Con esse la Corte ha ritenuto vincolante nell'ordinamento interno la CEDU; ma la prevalenza sulle leggi interne necessita di un tentativo di interpretazione conforme seguito non dalla non applicazione, ma dal classico schema della illegittimità costituzionale per violazione di norma interposta (in questo caso la CEDU si configura quale elemento interposto che integra il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., così come si riteneva che il diritto comunitario integrasse il parametro dell'art. 11 negli anni '70, prima di ammettere la non applicazione).

Tale modello procedimentale sembrava aver perso di attualità a seguito del richiamo esplicito del nuovo art. 6 del Trattato di Lisbona che reca importanti modifiche al Trattato Unione europea relativamente alla tutela dei diritti fondamentali. Nonostante ciò, il modello procedimentale per quello che attiene al rapporto tra diritto europeo e diritto interno sembra rimanere quello già delineato dalle c.d. sentenze gemelle come ribadito dalla Corte anche nelle sentenze n. 80/2011 e 113/2011.

Per queste ragioni la sentenza n. 80/2011 risulta meritevole di attenzione perché la parte privata sosteneva che, in seguito al Trattato di Lisbona: «le innovazioni recate da detto Trattato [...] avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale» la ricostruzione della CEDU stessa, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla stregua di norma interposta nel giudizio di legittimità in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. (sentenze nn. 348/2007 e 349/2007). «Alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell'Unione: con la conseguenza che [...] i giudici comuni [...] risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità. Varrebbe, infatti, al riguardo, la ricostruzione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, quali sistemi distinti e autonomi, operata dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte sulla base del disposto dell'art. 11 Cost.». Nella sua decisione n. 80/2011 la Corte tende a ribadire però quanto già affermato in precedenza e nello specifico rileva, come «da nessuna delle predette fonti di tutela è, peraltro, possibile ricavare la soluzione prospettata dalla parte privata». In primo luogo, non sarebbe ancora avvenuta l'adesione dell'UE alla CEDU: «la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà, ovviamente, dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Il richiamo alla CEDU contenuto all'art. 6, par. 3, TUE, invece, non fa che riprendere la forma di protezione preesistente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e su cui si basava la ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale nelle sentenze *gemelle* del 2007.

Rispetto a questi precedenti la sentenza n. 238/2014 segna una rottura concettuale significativa. Se nelle sentenze gemelle la conseguenza di una incompatibilità con la costituzione delle norme internazionali consiste nell'escludere che queste possano integrare il parametro del giudizio di costituzionalità, nella sentenza n. 238/2014 la corte sovverte il presupposto secondo il quale in ogni caso le norme sottoposte al suo giudizio siano unicamente quelle interne in asserito contrasto con le norme CEDU, quale fonte interposta, stabilendo che l'art. 134 della Costituzione, cioè dell'articolo che definisce le attribuzioni della Corte stessa, «assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo» (punto 2.1. *cons. in diritto*).

Per quello che concerne l'efficacia della Carta dei Diritti dell'Unione Europea, si segnala la sentenza n. 269/2017 con la quale la Corte Costituzionale ha ribadito quanto già affermato in precedenza con la dottrina degli ordinamenti *separati ma coordinati*, superando però quella rigida separazione di ambiti e di funzioni e rivendicando la necessità di un previo controllo di costituzionalità nel caso in cui una norma legislativa interna leda quei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE il cui significato sostanzialmente coincida con diritti costituzionalmente garantiti, il tutto al fine di garantire l'effettività della tutela di quei diritti, assicurata solo laddove la rimozione della norma interna contrastante avvenga con effetti

considerati come delle fonti intermedie, dal carattere atipico, che di volta in volta integrano il parametro costituzionale ex art. 117, comma 1, Cost. Cosicché, sulla base della norma richiamata, mentre i trattati internazionali si porrebbero come sovraordinati alle leggi ordinarie ma sotto-ordinati alla Costituzione, le norme UE manterrebbero la loro prevalenza applicativa sull'intero ordinamento italiano, in forza di quelle «limitazioni di sovranità» consentite dall'art. 11 Cost., salvo per quanto concerne il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale³¹.

Per quello che concerne il diritto consuetudinario internazionale, come visto, l'art. 10, comma 1, Cost., stabilisce che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute», assicurando l'adattamento automatico mediante la tecnica del rinvio mobile all'intero *ius non scriptum* internazionale. Proprio per questo ultimo corpo di norme la Corte costituzionale ha chiarito che, a prescindere dall'ordine di esecuzione, l'adattamento ad un trattato meramente riproduttivo della *ius non scriptum* internazionale debba intendersi comunque attuato sulla base dell'art. 10, comma 1, Cost., e non sulla base dell'articolo 117, comma 1, Cost.³².

erga omnes, che solo nel giudizio di costituzionalità accentrato possono essere disposti. Cfr., tra i molti, C. Corrado, *La corte costituzionale riprende il cammino comunitario: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017.

³¹ Sin dalla sentenza n. 170/1984, la Corte costituzionale ha difatti precisato come la primazia del diritto comunitario su quello interno «non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità delle legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attinenti ai diritti inalienabili della persona umana (così sent., 232/1989, punto 3.1. del *cons. in diritto*).

³² Cfr., Corte cost., sentenza n. 48/1979, laddove la Corte precisa che «la disposizione pattizia è meramente ricognitiva della norma di diritto internazionale generale [...] Il fondamento della questione va considerato, pertanto, con riferimento a quest'ultima norma, ed il vero oggetto del giudizio, cui va rivolto l'esame della Corte, concerne la compatibilità con gli invocati principi costituzionali della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale» (punto 3, *cons. in dir.*).

E qui oggi si riconosce, pertanto, che il principio affermato nella appena ricordata sentenza n. 1/1956, secondo il quale il controllo di legittimità costituzionale riguarda sia norme posteriori che norme anteriori alla Costituzione repubblicana, vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute di cui al meccanismo di adattamento automatico dell'art. 10, primo comma, Cost. che si siano formate prima o dopo la Costituzione.

Neppure si può escludere dallo scrutinio di legittimità costituzionale la norma oggetto del rinvio operato all'art. 10, comma 1, Cost. ad una norma consuetudinaria internazionale solo perché l'art. 134 Cost. non contempla espressamente questa specifica ipotesi. Tale disposizione assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo, anche quelle da ultimo richiamate. Sono esclusi dallo scrutinio riservato a questa Corte soltanto gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge. In definitiva, non sussistono, sul piano logico e sistematico, ragioni per le quali il controllo di legittimità costituzionale dovrebbe essere escluso per le consuetudini internazionali o limitato solo a quelle posteriori alla Costituzione, tenuto conto che a queste ultime è riconosciuta la medesima efficacia delle consuetudini formatesi in epoca precedente ed il medesimo limite del rispetto degli

Sul punto, nonostante una parte della dottrina (probabilmente avallata da una prima giurisprudenza della Corte), ritenesse che l'ingresso delle norme consuetudinarie pattizie anteriori all'entrata in vigore della Costituzione potesse avvenire anche in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, proprio in virtù della collocazione sistemica dell'art. 10 Cost., e del fatto che il costituente conoscesse già le norme generalmente riconosciute al momento della stesura della Carta, la giurisprudenza costituzionale più recente esclude che l'ingresso dello *ius non scriptum* internazionale possa avvenire in contrasto con i nostri principi fondamentali, così come esclude che la Corte medesima non possa giudicare sul diritto consuetudinario formatosi prima dell'entrata in vigore della Costituzione³³, ovvero formatosi in epoca successiva³⁴.

Lo *ius non scriptum*, o *jus gentium*, è quindi da inquadrarsi alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione, e non come fonte interposta³⁵, e solo nel caso in cui si

elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, vale a dire dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona.

³³ La Corte ha sempre confermato quanto rilevato con chiarezza nella sentenza n. 1/1956: «L'assunto che il nuovo istituto della 'illegittimità costituzionale' si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali», tesi ribadita anche per quello che concerne il diritto consuetudinario generalmente riconosciuto con la sent. 238 del 2014 con la quale la Corte afferma che "il principio affermato nella sentenza n. 1 del 1956, secondo il quale il controllo di legittimità costituzionale riguarda sia norme posteriori che norme anteriori alla Costituzione repubblicana, vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute di cui al meccanismo di adattamento automatico dell'art. 10, primo comma, Cost. che si siano formate prima o dopo la Costituzione».

³⁴ «Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione» (punto 3. del *cons. in diritto*, sent. N. 48/1979).

³⁵ Tale prospettiva, confermata sin dalla sentenza n. 73/2001 della Corte, non trovava corrispondenza nell'autorevole posizione del Lavagna. Infatti, secondo l'A., le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, così come i Patti lateranensi e le leggi delega erano tutte da inquadrarsi sotto il *genus* delle fonti interposte. Sul punto si veda C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 28 ss. laddove sempre l'A., nell'affrontare la questione della dichiarazione di *manifesta infondatezza* per i giudizi costituzionali nei quali la violazione non sia ascrivibile direttamente ad una fonte costituzionale, si esprimeva nel modo seguente: "più delicato è il caso, o meglio, il gruppo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da «testi» costituzionali, siano invocabili solo indirettamente, inserendosi fra essi e le norme legislative che si ritengono viziare altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi *norme interposte*. Rientra innanzitutto, in tali ipotesi, il contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., in relazione alle *leggi di delegazione*. Ma, dopo qualche perplessità il dubbio è stato risolto in senso affermativo: cioè ammettendo il sindacato, da parte della Corte Cost., sia dell'eccesso di delega, sia dei vizi di delegazione [...] così pure le *norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*, cui il nostro ordinamento deve automaticamente uniformarsi per l'art. 10 Cost. [...]".

assista ad un eventuale contrasto con i suddetti principi fondamentali potrà comportare il mancato ingresso della norma internazionale consuetudinaria nel nostro ordinamento³⁶.

Sulla base del modello descritto occorre pertanto un meccanismo che consenta la creazione di norme interne corrispondenti alle suddette norme internazionali, e tale procedimento è stato individuato nel rinvio operato, sia pure con modalità diverse, nei confronti delle *norme internazionali consuetudinarie generalmente riconosciute* dall'art. 10, comma 1, Cost. In tali casi si è di fronte a quella che viene definita *creazione indiretta* del diritto³⁷, vale a dire quando il diritto non è il prodotto delle *fonti-atto* previste dall'ordinamento nazionale, come normalmente avviene, bensì sorge, per l'appunto indirettamente, attraverso il rinvio compiuto da un determinato ordinamento giuridico statale a norme ad esso esterne: intendendosi per norme esterne quelle appartenenti all'ordinamento internazionale o, in determinati casi, ad altri ordinamenti statali.

In merito alla sindacabilità del predetto corpo di norme, l'art. 134 Cost. consente alla Corte di esprimersi unicamente sulla legittimità costituzionale delle «leggi e atti aventi forza di legge», mentre le fonti importate dall'esterno rappresentano delle mere *fonti-fatto* per il nostro ordinamento e, come tali, insindacabili dalla Corte se non attraverso l'impugnazione della disposizione di rinvio. In tal modo la Corte giudica della costituzionalità della norma internazionale, ma formalmente l'oggetto dell'impugnazione è l'ordine di esecuzione del trattato o della disposizione legislativa di rinvio «nella parte in cui» consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma incompatibile con i principi costituzionali.

Il nostro ordinamento, difatti, non conosce una corrispondente versione dell'art. 100, comma 2, *Grundgesetz* che prevede la possibilità da parte della Corte Costituzionale tedesca di poter sindacare se «una regola di diritto internazionale costituisca parte integrale del diritto federale e se essa produca direttamente diritti e doveri per i singoli».³⁸

³⁶ Cfr., ad esempio Corte cost., sent. n. 67/1961, n. 135/1963, n. 48/1967, n. 69/1976, n. 131/2011. La prevalente dottrina concorda sulla collocazione dello *ius gentium* tra i principi fondamentali, superando la tesi del Lavagna che inquadrava lo *ius non scriptum internazionale* tra le fonti interposte (cfr. nota 15).

³⁷ Cfr. M. Cicconetti, *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, Torino 1991, p. 56 ss. ed ora, più ampiamente, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino 2007, p. 35 ss. Un'espressione analoga è usata, per designare lo stesso meccanismo, da C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1979, p. 383 ss., che parla di «fonti indirette».

³⁸ Sul punto è il caso di ricordare la sentenza n. 238/2014 con la quale la Corte costituzionale ha ampliato il proprio sindacato anche nei confronti della normativa internazionale, negando che le norme concernenti le immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite, così come interpretate dalla CIG, possano produrre effetti all'interno dell'ordinamento italiano in quanto, dall'interpretazione che la Corte internazionale aveva fornito a quel corpo di norme, a detta della Consulta, derivava un conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, da risolversi in favore di questi

Pertanto, sulla base delle considerazioni svolte, nei casi di contrasto tra la normativa internazionale con i principi fondamentali dell'ordinamento, potrà essere disposto il divieto di ingresso della normativa suddetta di tipo consuetudinario nel nostro ordinamento; mentre per quello che concerne il diritto internazionale di tipo pattizio, questo potrà essere valutato come fonte sub-costituzionale, capace unicamente di integrare il parametro costituzionale.

Il giudice delle leggi, sin dalla sentenza 48/1979³⁹, relativa alla compatibilità della regola sull'immunità degli agenti diplomatici dalla giurisdizione civile, ha così posto lo Stato Italiano in una posizione di piena osservanza della normativa sovra-nazionale, tendendo in particolar modo ad assicurare prevalenza del diritto internazionale consuetudinario su quello interno.

Tornando quindi alla fattispecie dalla quale prende spunto il presente commento, è possibile affermare, così come evidenziato nei diversi gradi di giudizio, che la comandante della nave Sea Watch abbia operato in adempimento di un dovere sancito dal diritto internazionale con rango di principio consuetudinario, direttamente applicabile nel nostro

ultimi, nello specifico con l'art. 24 sul diritto al giudice. La Corte afferma di essere chiamata a «verificare la compatibilità della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG, con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2)» (Punto 3.1. del *Cons. in diritto*). Nello specifico la norma bloccava la possibilità di rivendicazione da parte delle vittime e dei loro eredi dei crimini di guerra nazisti di esercitare il diritto di difesa dei propri diritti: 1) nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich; 2) dell'art. 1 della legge n. 848/1957 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto dell'ONU, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano; 3) dell'art. 1 (*recte*: art. 3) della legge n. 5/2013 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano.

³⁹ Nella sentenza la Corte costituzionale, nell'affermare la prevalenza delle consuetudini sulle norme costituzionali, argomentava tale supremazia in forza del criterio della specialità operando, per di più, tramite un distinguo temporale: le consuetudini preesistenti alla Costituzione sopravanzerebbero su tutte le norme, compresi i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale; quelle formatesi in epoca successiva alla sua entrata in vigore, sarebbero invece subordinate ai principi costituzionali. Tale sentenza, successivamente smentita dalla stessa giurisprudenza della Corte, fu fortemente criticata dalla dottrina sia per l'utilizzo del criterio di specialità rispetto a due fonti completamente dissimili in un sistema dualista, quanto per il criterio cronologico al fine di separare lo *ius non scriptum* formatosi precedentemente alla stesura della Carta costituzionale rispetto a quello formatosi in epoca successiva, con evidenti difficoltà anche nell'individuare il *dias a quo* dal quale possa dirsi formata la consuetudine internazionale.

ordinamento attraverso l'art. 10 Cost.: il dovere di soccorrere chiunque si trovi in difficoltà in mare non si esaurisce, difatti, nell'atto del soccorso, ma solo nel momento in cui le persone soccorse siano state trasferite in un luogo sicuro, dove possano esercitare i propri diritti fondamentali.

Inoltre, anche sulla base della citata sentenza della Cassazione, l'interno di una nave non può qualificarsi come *luogo sicuro* e, tantomeno, luogo ove si esaurisce l'onere di assistere i naufraghi.

Sul punto è bene ricordare come sia un consolidato principio di diritto internazionale la circostanza che vede gli Stati impossibilitati dall'invocare il proprio diritto interno al fine di giustificare il mancato assolvimento degli obblighi su di essi incombenti. Tale divieto risulta solennemente sancito dall'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁴⁰. La regola è quindi ribadita dall'articolo 32 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, approvato in forma definitiva nel 2001⁴¹.

Dalla combinazione delle norme suddette è possibile ricavare l'esistenza di un principio di diritto internazionale avente efficacia dichiarativa dello *ius non scriptum internazionale*, riproducendo in forma scritta una preesistente norma consuetudinaria⁴², direttamente applicabile nel nostro ordinamento per il tramite dell'articolo 10, comma 1, Cost.

Risulta quindi perfettamente conforme ai principi più volte richiamati la decisione adottata sin dal principio dal Giudice per le indagini preliminari di Agrigento che ravvisò nel comportamento del Capitano della Sea Watch l'applicazione del «dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi e l'obbligo, in capo alle autorità statali, di soccorrere e fornire prima assistenza, allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato». Tale principio è inoltre consacrato in quello che è definito il principio di *non refoulement*⁴³, ovvero l'obbligo in capo allo Stato di non

⁴⁰ L'articolo, intitolato *International law and observance of treaties*", stabilisce: "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46". Sul punto si rimanda a G. Scalese, *L'impossibilità per lo Stato di invocare il proprio diritto interno al fine di sottrarsi al rispetto del diritto internazionale: una questione sottovalutata?* in *Federalismi.it*, 11 giugno 2014.

⁴¹ L'Art. 32 Progetto recita: «The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations (...)».

⁴² Così G. Scalese, cit., p. 6, spec. nota 20, laddove l'A. pur essendo consapevole del fatto che le due norme facciano riferimento a due distinti aspetti della teoria del diritto internazionale in quanto contenute le due norme in diverse opere di codificazione dedicate al diritto dei trattati (art. 27 CV) ed al regime della responsabilità (art. 32 Progetto), queste nella sostanza esprimerebbero un identico precetto: "quello dell'impossibilità per lo Stato d'invocare il diritto interno al fine di giustificare una condotta *contra ius*."

⁴³ Art. 33, Convenzione sullo status dei rifugiati (Ginevra, 1951).

respingere i richiedenti asilo che corrono il rischio di perire in mare nei casi di respingimento di una persona verso uno Stato in cui la vita sarebbe in pericolo o richiederebbe di essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante⁴⁴.

3. Dal decreto sicurezza-bis al decreto immigrazione: molti nodi ancora scoperti.

Come anticipato in premessa, la disciplina dalla quale scaturì la decisione del Ministro dell'interno nei confronti della nave Sea Watch è stata oggetto di modifica — anche sulla scia delle osservazioni che il Presidente della Repubblica aveva formulato al momento della promulgazione della legge di conversione del decreto sicurezza-bis⁴⁵ — tramite l'approvazione del c.d. decreto immigrazione, che mantiene inalterato in capo al Ministro dell'interno il potere, «salvo quanto previsto dall'articolo 83» cod. nav., di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro dei trasporti, e previa informazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, di «limitare o vietare il transito e la sosta di navi» purché non militari né governative, «nel mare territoriale».

Le modifiche hanno comportato delle innovazioni significative che comunque non appaiono tali da stravolgere completamente l'impianto preesistente⁴⁶. In primo luogo si può

⁴⁴ L'art. 1, comma 2, lett. e), del decreto legge n. 130/2019 riscrive le disposizioni recate dall'articolo 19, T.U. dell'immigrazione estendendo l'ambito di applicazione del divieto ricomprendendo, tra i motivi di persecuzione; «l'orientamento sessuale» e «l'identità di genere». La novella pertanto estende la fattispecie discriminatoria cui si riconnette il divieto di *refoulement*. Tale principio è sancito all'art. 33, Convenzione di Ginevra sui rifugiati (*Convention relating to the Status of Refugees*), adottata il 28 luglio 1951. E tuttavia il suo inserimento all'interno dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), adottata il 10 dicembre 1984, ha fatto in modo che il divieto di respingimento, originariamente destinato ai soli rifugiati, si estendesse ad ogni individuo.

⁴⁵ Lettera indirizzata ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 8 agosto 2019. Tra le varie osservazioni, il Presidente della Repubblica richiamava, in via generale, "gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'articolo 10 della Costituzione così come quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

⁴⁶ L. Brigida, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione": alcune riflessioni in tema di soccorso marittimi*, in www.fabbricadeidiritti.it, 12 ottobre 2020, E. Codini, *Un intervento di portata limitata che non affronta i nodi strutturali*, in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, p. 54 ss., C. Corsi, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 1/2021, p. 67 ss.

osservare, proprio in connessione con il caso Sea Watch, come la nuova formulazione abbia eliminato tra i presupposti giustificativi del provvedimento del Ministro dell'interno, il riferimento esclusivo all'art. 19, paragrafo 2, lett. g) UNCLOS, propendendo diversamente per un richiamo esteso a tutta la Convenzione.

La differenza non è di poco conto: l'art. 19, paragrafo 2, lettera g) UNCLOS di cui sopra, qualifica come «pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello stato costiero» il passaggio di una nave «impegnata» in attività di «carico o scarico di [...] persone in violazione delle leggi [...] di immigrazione vigenti». Con il superamento della versione precedente, articoli come il 18 ed il 98, che ora divengono applicabili in seguito al richiamo esteso all'intero corpo normativo della Convenzione, *bilanciano* la disposizione di cui all'articolo 19, introducendo anche disposizioni che disciplinano in modo specifico il salvataggio in mare. Difatti, l'articolo 18 della Convenzione UNCLOS prevede la possibilità di «fermata» e «ancoraggio» di una nave straniera nel mare territoriale se tali atti «sono finalizzati a prestare soccorso a persone [...] in pericolo o in difficoltà». L'articolo 98 UNCLOS disciplina l'obbligo per tutti gli Stati contraenti di esigere, nei confronti delle navi battenti bandiera nazionale, operazioni di soccorso in mare e in particolare per gli Stati costieri di predisporre «un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso» in mare.

Il combinato disposto delle due norme, così come il richiamo a tutto il corpo di norme della Convenzione, largamente intesa, si traduce in una maggiore attenzione da parte del legislatore nei confronti delle operazioni di soccorso in mare, bilanciando in maniera più idonea la sovranità territoriale dello Stato con l'obbligo internazionale — riconosciuto come consuetudinario anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza ricordata — di prestare soccorso ai naufraghi.

Sempre in merito alle novità da segnalare rispetto al testo previgente, non desta particolare preoccupazione la circostanza che vede la nuova disposizione priva del richiamo espresso al «rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia». È difatti pacifico come gli obblighi internazionali continuino a valere in virtù dei richiami contenuti dagli artt. 10⁴⁷ e 117

⁴⁷ La Costituzione all'articolo 10, oltre a prevedere la conformità dell'ordinamento giuridico italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (primo comma), si sofferma sulla condizione giuridica dello straniero, prescrivendo per essa (secondo comma) sia una riserva di legge sia la conformità alle norme ed ai trattati internazionali, superando anche il principio della reciprocità, come era nell'antecedente ordinamento. Ancora, prevede (al terzo comma) che «lo straniero, al quale sia stato impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto

Cost.⁴⁸.

Tra le altre novità più significative rispetto all'oggetto dell'indagine, si segnala la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 2, decreto legge n. 130/2020, laddove si prevede che il potere interdittivo del Ministro dell'interno, e la relativa disciplina sanzionatoria, non si applichino «nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare». Tali indicazioni devono essere emesse «sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare», della Convenzione EDU⁴⁹, e delle norme «nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo», e sulla base di quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione di Palermo sul contrasto al traffico illecito di migranti.

La norma sembrerebbe quindi depotenziare il potere del Ministro dell'interno, nonostante,

all'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge», ponendo infine il divieto di estradizione per motivi politici (quarto comma). Tale novero di previsioni - che formulano la generale garanzia della persona straniera nell'ordinamento italiano - si collocano entro i «Principi fondamentali» della Carta repubblicana. Nonostante la citata riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3, per il diritto di asilo dello straniero non è seguita, ad oggi, una specifica legge attuativa: la giurisprudenza (sent. n. 4674/1997 Cass. Sezioni Unite) ha affermato il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale la quale con sufficiente chiarezza delinea la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo.

⁴⁸ G. Cataldi, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge A.C. 1913, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"* del 2 luglio 2019, in www.camera.it.

⁴⁹ Si ricorda come la Corte EDU, il 23 febbraio 2012, si fosse espressa su di un caso che per molti versi possiamo paragonare al caso Sea Watch in commento. Con la sentenza *Hirsi Jamaa ed altri v. Italia*, la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, con decisione unanime, ha condannato lo Stato italiano al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese nei confronti di ventidue cittadini eritrei e somali che erano partiti, insieme con numerosi altri cittadini non europei (circa duecento), dalle coste della Libia a bordo di tre imbarcazioni per raggiungere le coste italiane, venendo intercettate dalle tre navi della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana e riportate coattivamente in Libia senza possibilità di scelta, senza alcuna procedura di identificazione e senza essere messi nelle condizioni di poter presentare domanda di protezione internazionale. La Corte EDU ritenne il comportamento dello Stato italiano in violazione dell'articolo 3 della CEDU, esponendo i ricorrenti al concreto rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia, Stato in cui, allora come ora, non viene rispettata alcuna norma di tutela dei rifugiati e, al contrario, tutte le persone entrate nel paese con mezzi irregolari sono considerate «clandestine, senza alcuna distinzione tra migranti irregolari e richiedenti asilo». L'Italia, essendo a conoscenza della situazione descritta, anche alla luce dell'articolo 4, protocollo n. 4 della CEDU, che vieta le espulsioni collettive degli stranieri, veniva condannata dalla Corte di Strasburgo. Corte EDU, Grande Camera, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (Ricorso n. 27765/09), sentenza 23 febbraio 2012; per uno dei primi commenti alla sentenza, C. Favilli, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri in alto mare verso la Libia, Questione Giustizia trimestrale* n. 3/2012, Franco Angeli, p. 199 ss., e spec. S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. Decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter, dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998, cit., p. 2 ss.*

sin dai primi commenti⁵⁰, sia apparso evidente come la disposizione da ultimo citata riguardi unicamente le operazioni di soccorso *regolari*, ossia immediatamente comunicate alle autorità competenti ed effettuate «nel rispetto delle indicazioni» ad esse fornite.

Come anticipato in premessa, la Convenzione SOLAS, e la Convenzione SAR stabiliscono che gli Stati contraenti sono tenuti a cooperare per la rapida identificazione di un *Place of safety*, senza che ne discenda un conseguente obbligo giuridico di indicarne uno del proprio territorio. La *regolarità* della condotta della ONG sarà valutata pertanto sulla base dall'applicazione delle indicazioni che le derivino dalla autorità SAR rispetto ad un porto *sicuro* dove attraccare.

L'impossibilità da parte del Ministro dell'interno di azionare il potere inibente presta quindi il fianco alla reale situazione nel mediterraneo: come è noto, difatti, l'allocazione delle quote dei migranti, da svolgersi all'interno della zona SAR, è frutto spesso di lunghe e difficoltose trattative tra gli Stati e, inoltre, vi è da segnalare la circostanza dell'inclusione della Libia all'interno della SAR, nonostante lo Stato libico non sia ritenuto, da più parti⁵¹, come un luogo *sicuro* ove terminare le operazioni di salvataggio, per il continuo perpetuarsi di molteplici violazioni dei diritti umani⁵².

La clausola di esenzione di cui al secondo periodo dell'articolo 1, comma 2, del decreto immigrazione, ovvero quella che impedisce di esercitare il potere inibente da parte del Ministro dell'interno, operando esclusivamente nei casi in cui le operazioni siano state *regolari*, ovvero quanto la nave abbia rispettato le indicazioni SAR, risulta pertanto non efficace nelle fattispecie come quella in commento — e nella maggior parte di quelle che si verificano nel mediterraneo — laddove l'autorità aveva sì indicato alla ONG un *Place of safety*, le coste libiche, ma la comandante della nave ritenne la destinazione non sicura, facendo quindi rotta verso le coste italiane.

Si assiste così ad un difficile bilanciamento tra diverse fonti: da una parte il diritto

⁵⁰ F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare*, op cit., p. 99 ss.

⁵¹ Ciò veniva esplicitato, tra gli altri, dal Ministro degli esteri italiano, Enzo Moavero Milanesi, secondo il quale: "La definizione di porto sicuro viene dalle convenzioni internazionali, queste condizioni per la Libia non ci sono. Non siamo noi a dirlo. So che da questo nascono varie precisazioni di carattere mediatico su convergenze di posizioni o meno, ma è un dato di fatto del diritto internazionale", su *Ansa.it*, del 28 giugno 2019.

⁵² Con lettera del 15 maggio 2019, l'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani descriveva infatti la Libia come un luogo dove i migranti "sono soggetti a diverse violazioni dei diritti umani, tra cui il traffico di persone, prolungate detenzioni arbitrarie in condizioni disumane, torture e maltrattamenti, uccisioni illegali, stupri e altre forme di violenza sessuale, lavori forzati, estorsioni e sfruttamento".

internazionale pattizio, che impone di fare rotta verso il POS individuato all'interno della zona SAR⁵³, il diritto internazionale consuetudinario che impone invece al comandante della nave di disattendere tale indicazione nei casi in cui egli ritenga la destinazione come non sicura, ed infine il potere del Ministro dell'interno che, sulla base della normativa nazionale, potrà azionare, salvo le eccezioni descritte, il proprio divieto restrittivo di ingresso⁵⁴.

Così, salvo una interpretazione della Consulta costituzionalmente orientata⁵⁵, il comandante di una nave impiegata nel soccorso di naufraghi si troverà a dover scegliere, di volta in volta, tra le indicazioni pervenute dalle autorità statali, da una parte, e l'obbligo internazionale — antichissimo e di diritto consuetudinario⁵⁶ — di prestare soccorso in mare proteggendo i diritti dei migranti, dall'altra.

La situazione descritta palesa uno dei problemi ancora irrisolti, e che permane anche in seguito alle modifiche introdotte con il c.d. decreto immigrazione, ovvero il mancato coordinamento tra i diversi Stati sulla questione migranti, che si ripercuote evidentemente sulle operazioni di salvataggio; e nonostante la normativa prescriva in capo al primo centro di soccorso marittimo venuto a conoscenza di un caso di pericolo — anche qualora l'evento interessi una zona SAR di competenza di un altro paese — di adottare gli atti urgenti e necessari, coordinando i soccorsi fino a che l'autorità responsabile per l'area non ne assuma a sua volta il coordinamento. Allo stesso tempo, lo Stato cui appartiene il Centro di

⁵³ Si richiamano per maggiore semplicità i trattati più significativi sul punto, già citati nel corso del commento, ovvero la Convenzione internazionale per la salvezza della vita umana in mare SOLAS del 1974, la convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca e salvataggio in mare, che istituisce le zone Sar (*Search and Rescue*), l'art. 10, par. 1 della Convenzione internazionale sul salvataggio del 1989, secondo cui ogni capitano è tenuto a prestare assistenza alle persone che rischiano di perire in mare. *International Convention on Salvage*, firmata il 28 aprile 1989, resa esecutiva in Italia con la legge n. 129/1995. Si veda, in particolare, l'art. 10, par. 1, intitolato «Duty to render assistanc», secondo cui «Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea».

⁵⁴ Sempre sul piano del diritto interno, vi è anche da segnalare l'art. 1158 cod. nav., secondo cui è punibile il comandante di una nave, nazionale o straniera, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne sussiste l'obbligo secondo quanto disposto dal codice della navigazione.

⁵⁵ Per giurisprudenza costituzionale ormai costante e pacifica, tutte le norme debbono ricevere, tra due o più significati astrattamente possibili, quello che le rende costituzionalmente compatibili, laddove invece vanno dichiarate incostituzionali soltanto quelle norme che, per il loro insuperabile contenuto precettivo, non possono ricevere un'interpretazione costituzionalmente orientata. Si vedano in proposito, *ex plurimis*, Corte Costituzionale sentenze nn. 356/1996, 200/1999, 386/1999, 403/2007, 379/2007, 343/2006, 336/2002, 348/2007, 349/2007; ordinanze nn. 85/1997 e 98/2010); ciò vale anche in caso di eventuale contrasto tra le norme interne ed il diritto CEDU, cfr. Corte Cost., sentenze citate nn. 348/2017 349/2017.

⁵⁶ G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, cit.

coordinamento delle operazioni di soccorso ha l'obbligo di individuare un luogo sicuro sul proprio territorio dove possano terminare le operazioni di soccorso con lo sbarco dei naufraghi, a meno che non sia possibile raggiungere accordi con uno Stato eventualmente più prossimo alla zona dell'evento, indipendentemente da qualunque considerazione in merito allo *status* dei naufraghi.

Risulta quindi evidente come nel Mediterraneo centrale l'applicazione di queste regole presenti almeno due problemi evidenti. Il primo è costituito dal fatto che Malta, dotata di una zona SAR di estensione notevole, non ha tuttavia ratificato gli emendamenti del 2004, e, in base alla considerazione dei limiti del suo territorio e dei mezzi a sua disposizione, contesta la sua competenza a dirigere le operazioni di soccorso nella sua SAR (a meno che non siano impegnate navi di bandiera maltese, ipotesi molto rara), zona che oltre tutto in più punti si sovrappone a quella italiana. Diversa, ma non meno problematica, è la questione della SAR libica. Questo Paese, peraltro ancora privo di un governo effettivo che controlli l'intero territorio, sebbene dichiarati di aver assunto la responsabilità della ricerca e del soccorso nella (ampia) zona di mare a Nord delle sue coste, non è provvisto nemmeno di una centrale operativa di coordinamento delle operazioni di soccorso che possa considerarsi efficiente. Inoltre, ed è il dato più significativo, la Libia non può essere considerata, ormai per riconoscimento pressoché unanime, come luogo sicuro di sbarco dal punto di vista delle garanzie di tutela dei diritti umani fondamentali. È pacifico infatti che il luogo di sbarco si intenda come *sicuro* nel momento in cui tanto la sicurezza fisica quanto il godimento dei diritti umani non sono più in pericolo.

Le considerazioni svolte, che hanno avuto come pietra angolare il caso Sea Watch 3, ci portano ad una conclusione che adesso può apparire più chiara, ovvero l'impossibilità da parte dello Stato italiano di impedire l'attracco di imbarcazioni, specie se provenienti dalla Libia, su cui viaggino naufraghi o comunque cittadini non europei, respingendoli collettivamente ed impedendo loro di presentare domanda di protezione internazionale, salvo non vi sia la certezza, preventiva e difficilmente realizzabile a priori in assenza di una identificazione, che all'interno dell'imbarcazione vi siano soggetti ascrivibili a gruppi terroristici, o comunque capaci di minacciare la sicurezza nazionale⁵⁷.

⁵⁷ Nonostante la Convenzione SAR riconosca agli Stati contraenti la possibilità di stipulare accordi regionali per la delimitazione delle rispettive zone SAR, e che in concreto tra l'Italia e la Libia fu firmato un *memorandum* con il quale si attribuiva alle autorità libiche nei confronti di quelle italiane il potere di impartire direttive in vista del rimpatrio in Libia di migranti provenienti da tale Paese. Sulla nullità di tale *memorandum*

Se tale affermazione — come pare — risulta corretta, a sua volta lo sarà l'impostazione che vede come del tutto errata la scelta di voler arginare il fenomeno degli sbarchi tramite un indiscriminato divieto di ingresso delle navi che svolgono operazioni di salvataggio di stranieri irregolari, impedendone lo sbarco⁵⁸.

Ed ancora, *Quid iuris* rispetto agli atti amministrativi adottati sulla base della normativa che attribuisce al Ministro dell'Interno il più volte citato potere di divieto di sbarco? Sin dallo Statuto Albertino è in vigore la legge n. 2248/1865, mai abrogata, il cui articolo 5 prevede che «[...] le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi». Per pacifico diritto vivente, il giudice ordinario può disapplicare i provvedimenti amministrativi se non conformi alla legge, alla Costituzione o a norme di rango sovra-nazionali se applicabili al caso di specie; medesima possibilità è aperta anche nei confronti del giudice penale, specie se *in bonam partem*⁵⁹.

In estrema sintesi, il fenomeno migratorio conseguente ai tumulti verificatisi nel mondo arabo a partire dal 2011, che hanno reso le coste meridionali dell'Italia scenario di copiosi flussi migratori irregolari provenienti dal nord e dal centro Africa, nonché dal medio Oriente, con esiti spesso tragici, potranno essere risolti intensificando l'accurato controllo delle coste condotto sia individualmente che tramite il coordinamento delle agenzie internazionali ed europee, anche tramite il consolidamento di missioni come *Triton* e *Themis*; ovvero, quando la situazione nei luoghi di partenza si sarà stabilizzata, tramite la stesura di accordi bilaterali finalizzati al rimpatrio negli Stati di origine delle persone irregolari, non trascurando infine l'opera di sensibilizzazione nei confronti delle

perché in contrasto con il principio di *non refoulement* e, pertanto con l'articolo 10, comma 1, Cost., cfr. C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, op. cit., p. 194. L'A. ricorda come ai sensi dell'articolo 53 della Convenzione sul diritto dei trattati del 1969 "è nullo qualsiasi Trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale".

⁵⁸ Secondo alcuni, sarebbe diversamente più corretto agire al fine di prevenire e punire il traffico illecito di migranti, perseguendo coloro che compiono questo reato. Tale possibilità, già da qualche anno, si rende più concreta in seguito all'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (TOC, Palermo, 2000) e il suo Protocollo per combattere il traffico illecito di migranti via terra, mare e aria, entrambi entrati in vigore nel 2003. Tali trattati permettono ad uno Stato di esercitare la propria giurisdizione penale anche nei confronti di reati commessi fuori dal territorio italiano, qualora questi abbiano come fine quello di commettere un grave reato in Italia. Sul punto, e per un esame approfondito della tematica migratoria irregolare si rimanda A. Antonucci, I. Papanicolopuli e T. Scovazzi (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino 2016.

⁵⁹ Come giustamente evidenzia S. Calabria, in *I respingimenti in mare dopo il cd. Decreto sicurezza-bis (ed in particolare*, cit., p. 31 ss.

popolazioni svantaggiate, tramite campagne di informazione che consentano agli stranieri di conoscere sia i rischi della traversata, quanto ciò che li attenderà una volta sbarcati.

Abstract: Il presente contributo, avendo come pietra angolare il caso Sea Watch, ripercorre il corpo di norme nazionali, pattizie ed internazionali in materia di immigrazione, in particolar modo per ciò che attiene il salvataggio delle vite in mare. L'obiettivo dell'indagine è rispondere alla seguente domanda: è possibile, sulla base della normativa nazionale e internazionale, impedire l'attracco di imbarcazioni, specie se provenienti dalla Libia, su cui viaggino naufraghi o comunque cittadini non europei, respingendoli collettivamente ed impedendo loro di presentare domanda di protezione internazionale? L'esito dell'indagine, che può apparire scontato sulla base delle decisioni più recenti, ci pone comunque interrogativi rispetto alla difficile situazione del mediterraneo, in particolar modo, in seguito ai tumulti verificatisi in Libia e nella parte nord del continente africano a partire dal 2011.

Abstract: This paper, having the Sea Watch case as its cornerstone, traces the body of national, treaty and international rules on immigration, especially for what concerns the saving of lives at sea. The objective of the investigation is to answer the following question: is it possible, on the basis of national and international legislation, to prevent the docking of boats, especially if coming from Libya, on which shipwrecked or non-European citizens travel, by rejecting them collectively and preventing them to apply for international protection? The outcome of the investigation, which may appear obvious on the basis of the most recent decisions, nevertheless raises questions regarding the difficult situation in the Mediterranean, in particular, following the riots that occurred in Libya and in the northern part of the African continent starting from 2011.

Parole chiave: Sea Watch – immigrazione – decreti sicurezza – *non refoulement* – *ius gentium*.

Key words: Sea Watch – immigration – security decrees – *non refoulement* – *ius gentium*.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER L'USO DI SISTEMI DI INTELLIGENZA NELLA RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO 20 OTTOBRE 2020: “RACCOMANDAZIONI ALLA COMMISSIONE SUL REGIME DI RESPONSABILITÀ CIVILE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE”*

248

di Pasquale Serrao d'Aquino **

Sommario. 1. Le diverse proposte del Parlamento Europeo sull'Intelligenza artificiale. – 2. La responsabilità civile derivante dall'utilizzo di sistemi di IA. – 3. L'applicazione congiunta della direttiva sulla responsabilità per prodotto difettoso e di nuove regole specifiche per la responsabilità dell'IA. – 4. I soggetti responsabili. – 5. IA ad alto rischio e non ad alto rischio: responsabilità oggettiva e per colpa presunta. – 6. La responsabilità per i danni cagionati dall'IA nel codice civile. – 7. La prova della responsabilità: la “scatola nera” e l'accesso ai dati. – 8. La prescrizione.

1. Le diverse proposte del Parlamento Europeo sull'Intelligenza artificiale.

Nella convinzione che l'intelligenza artificiale rientri tra le priorità dell'agenda politica dell'Unione europea futura, il Parlamento Europeo ha adottato un intenso programma di azione sul tema dell'intelligenza artificiale.

Il 16 febbraio 2017¹ il PE ha approvato una Risoluzione di raccomandazioni alla Commissione *Concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, al quale è seguita la Comunicazione del 25 aprile 2018 *L'intelligenza artificiale per l'Europa*². Dopo diversi

* Lezione tenuta alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2021.

** Magistrato – Addetto all'Ufficio Studi del CSM.

¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 16.2.2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013 (INL)).

² Nel maggio 2019 è stato pubblicato un Report di un gruppo di esperti, i cui risultati sono stati ripresi nel febbraio 2020 nella Relazione della stessa Commissione *Sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità* (Commissione Europea, COM (2020) 64 final, 16 febbraio 2020, Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità), allegato al Libro Bianco *Sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (Commissione Europea, COM (2020) 65 final, 16 febbraio 2020, Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia.)

atti intermedi, il 20 ottobre 2020 il PE ha approvato tre risoluzioni e due proposte di regolamento su etica, responsabilità e proprietà intellettuale dei sistemi di IA³.

Una quarta risoluzione, invece, ha avuto luce il 20 gennaio 2021⁴ e tratta del delicato tema dei sistemi autonomi di armi letali (*lethal autonomous weapon system*), i robot assassini, con la quale chiede alla Commissione l'adozione di una strategia volta a proibire i «sistemi d'arma se non soggetti al controllo umano».

Quanto ai diritti di proprietà intellettuale, il Parlamento, invece, ha sottolineato l'importanza di un sistema efficace per l'ulteriore sviluppo dell'intelligenza artificiale, compresa la questione dei brevetti e dei nuovi processi creativi indicando, tra le questioni da risolvere, quelle della tutela e della titolarità della proprietà intellettuale di quanto interamente sviluppato dall'intelligenza artificiale assegnando la loro titolarità alla persona umana (e non alla IA, alla quale è negata la personalità giuridica) e distinguendo, inoltre, tra le creazioni umane ottenute con l'assistenza dell'intelligenza artificiale e quelle generate autonomamente dall'IA.

Una definizione di intelligenza artificiale è contenuta nella 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” [COM (2018) 237 final]: secondo la quale con tale espressione si indicano «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi». Essi possono consistere 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).

³ V. specificamente U. Salanitro, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civile*, n. 6/2020, p. 1246 ss., A. Fusaro, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *NGCC*, n. 6/2020, p. 1344 ss.

⁴ Inerente a Questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale.

2. La responsabilità civile derivante dall'utilizzo di sistemi di IA.

La Risoluzione del 20 ottobre 2020 «raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale»⁵ evidenzia come con l'espressione IA si intendano tecnologie avanzate che incidono in quasi tutti i settori della vita sociale ed economica (trasporti, istruzione personalizzata, assistenza alle persone fragili, programmi di fitness, concessione di credito), all'ambiente di lavoro (alleggerimento di attività faticose e ripetitive), fino alle sfide globali (cambiamenti climatici, assistenza sanitaria, nutrizione, logistica). È inevitabile, quindi, che sia già iniziata la corsa mondiale all'IA e doveroso che in tale ambito l'Unione svolga un ruolo di primo piano.

La disciplina della *responsabilità* dell'IA svolge un duplice ruolo: garantisce il diritto al risarcimento della vittima di un danno e, al contempo, fornisce un incentivo alle persone fisiche e giuridiche affinché evitino sin dall'inizio di causare danni o pregiudizi, nonché quantifica il risarcimento dovuto per i loro comportamenti.

Al tempo stesso, il PE è consapevole che l'utilizzo di sistemi di IA potrebbe causare danni gravi, come compromettere la dignità umana e i valori e le libertà europei, tracciando gli spostamenti delle persone contro la loro volontà, introducendo sistemi di credito sociale, prendendo decisioni di parte riguardanti assicurazioni sanitarie, concessioni di crediti, ordinanze giudiziarie o decisioni in materia di assunzione o di impiego o, ancora, costruendo sistemi d'arma autonomi letali (considerando 3 della proposta di regolamento). Per contro, la sfida dell'IA non può essere elusa, in quanto i vantaggi della diffusione dei sistemi di IA sono ritenuti prospetticamente di gran lunga superiori agli svantaggi. Essi, secondo il PE, aiuteranno a contrastare più efficacemente i cambiamenti climatici, a migliorare le visite mediche e le condizioni di lavoro, a migliorare l'integrazione delle persone con disabilità e degli anziani nella società e a fornire corsi di istruzione su misura a tutte le tipologie di studenti (considerando 4 della proposta di reg.)

Il quadro giuridico in materia di responsabilità civile, pertanto, deve «infondere fiducia

⁵ Su proposta della Commissione Giuridica (27 aprile 2020), il Parlamento Europeo ha presentato il 20 ottobre 2020 una Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile sull'intelligenza artificiale (2020/2014 (INL)), in cui abbandona la tesi della soggettività, reputata non necessaria, e accoglie l'impostazione della Commissione.

nella sicurezza, nell'affidabilità e nella coerenza di prodotti e servizi, compresa la tecnologia digitale» (punto B della Risoluzione), garantendo e la certezza del diritto per tutte le parti, del produttore, dell'operatore, della persona interessata o di terzi.

Si è esclusa l'opzione radicale di attribuire la personalità giuridica ai sistemi di IA, ipotesi teorizzata da alcuni studiosi anglosassoni e, comunque, a mio avviso, non impossibile sul piano giuridico-concettuale (per la personalità attribuita agli enti e, in una certa misura, per il riconoscimento di patrimoni separati), ma fortemente inopportuna per l'innescarsi di problemi eticamente e politicamente drammatici, connessi all'inevitabile riconoscimento anche di poteri e di diritti dell'IA. Ferma restando, quindi, la responsabilità in capo a persone fisiche o enti, la Risoluzione del PE individua nelle diverse ipotesi i soggetti responsabili; distingue le diverse tipologie di sistemi di IA; ne differenzia il regime di responsabilità; regola gli obblighi assicurativi, il diritto alla prova e il regime della prescrizione delle azioni risarcitorie delle vittime.

Il regolamento è destinato ad applicarsi nel territorio dell'Unione dove un'attività, dispositivo o processo virtuale o fisico guidato da un sistema di IA abbia arrecato un danno o un pregiudizio alla vita, alla salute, all'integrità fisica di una persona fisica, al patrimonio di una persona fisica o giuridica o abbia arrecato un danno non patrimoniale rilevante risultante in una perdita economica verificabile (art. 1).

Le norme del regolamento sono inderogabili per cui qualsiasi *contratto* tra l'operatore di un sistema di IA e una persona fisica o giuridica vittima di un danno o pregiudizio a causa di un sistema di IA che eluda o limiti i diritti e gli obblighi sanciti dal regolamento (stipulato tanto prima tanto dopo che il danno o il pregiudizio si sia verificato), è nullo per quanto riguarda i diritti e gli obblighi sanciti dal regolamento.

La tutela prevista dal regolamento è, in ogni caso, aggiuntiva rispetto a quella derivante dalle condizioni contrattuali o da altre norme: «Il presente regolamento fa salve le eventuali ulteriori azioni per responsabilità derivanti da rapporti contrattuali nonché da normative in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, protezione del consumatore, anti-discriminazione, lavoro e tutela ambientale tra l'operatore e la persona fisica o giuridica vittima di un danno o pregiudizio a causa del sistema di IA, e per il quale può essere presentato ricorso contro l'operatore a norma del diritto dell'Unione o nazionale» (art. 2, comma 3).

L'art. 3 della proposta di regolamento, che si compone di complessivi 14 articoli, contiene

una serie definizioni, oggettive e soggettive: è «sistema di intelligenza artificiale (IA)» il sistema basato su software o integrato in dispositivi hardware che mostra un comportamento che simula l'intelligenza, tra l'altro raccogliendo e trattando dati, analizzando e interpretando il proprio ambiente e intraprendendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici; è *autonomo* il sistema basato sull'intelligenza artificiale che opera interpretando determinati dati forniti, e utilizzando una serie di istruzioni predeterminate, senza essere limitato a tali istruzioni, nonostante il comportamento del sistema sia legato e volto al conseguimento dell'obiettivo impartito e ad altre scelte operate dallo sviluppatore in sede di progettazione; un sistema di IA che opera in modo autonomo è ad *alto rischio* quando sussiste un potenziale significativo di causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo casuale, e che va oltre a quanto ci si possa ragionevolmente aspettare; l'importanza del potenziale dipende dall'interazione dei vari possibili danni o pregiudizi, dal grado di autonomia decisionale, dalla probabilità che il rischio si concretizzi e dalla modalità e dal contesto di utilizzo del sistema di IA.

3. L'applicazione congiunta della direttiva sulla responsabilità per prodotto difettoso e di nuove regole specifiche per la responsabilità dell'IA.

Secondo il PE la responsabilità dei sistemi di IA non può *sic et simpliciter* essere assoggettata alla direttiva eurolunitaria in materia di prodotti difettosi. A causa della loro opacità, connettività e autonomia, secondo il PE, sarebbe molto difficile o addirittura impossibile ricondurre specifiche azioni dannose dei sistemi di IA a uno specifico input umano o a decisioni adottate in fase di progettazione.

Ciò nonostante, in ambito europeo si è maturata la convinzione che non sia necessaria una revisione completa dei regimi di responsabilità correttamente funzionanti, ma che in ragione de «la complessità, la connettività, l'opacità, la vulnerabilità, la capacità di modifica mediante aggiornamenti, l'autoapprendimento e la potenziale autonomia dei sistemi di IA, come pure la molteplicità degli attori coinvolti» occorran «adeguamenti specifici e coordinati dei regimi di responsabilità» onde evitare che le persone che subiscono pregiudizi o danni al patrimonio non siano risarcite (punto 6 delle Raccomandazioni).

La prospettiva di questo adeguamento è di prevedere l'applicazione delle direttive eurounitarie in materia di prodotti difettosi congiuntamente all'introduzione di regole specifiche, considerando responsabili le varie persone nella «catena del valore che creano il sistema di IA, ne eseguono la manutenzione o ne controllano i rischi associati» (punto 7 racc.).

La direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi ha dimostrato, infatti, per oltre trent'anni, di essere un mezzo efficace per ottenere un risarcimento per i danni cagionati da prodotto difettoso. Essa, tuttavia, – secondo il PE – deve essere rivista per adattarla al mondo digitale e alle tecnologie digitali emergenti, garantendo un elevato livello di efficace protezione dei consumatori e la certezza giuridica per consumatori e imprese.

Parallelamente deve essere aggiornata la direttiva 2001/95/CE del PE e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, sulla sicurezza generale dei prodotti, per garantire che i sistemi di IA integrino la sicurezza e la protezione fin dalla progettazione.

Specifiche indicazioni sono rivolte, pertanto, dal Parlamento alla Commissione affinché:

- valuti se la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi debba essere trasformata in un regolamento;
- chiarisca la definizione di *prodotti*, determinando se i contenuti e i servizi digitali rientrino nel suo ambito di applicazione;
- esamini l'adeguamento di concetti quali pregiudizio, difetto e produttore.

Le principali difficoltà applicative della direttiva n. 374/85 CEE derivano dal fatto che la prova a carico del danneggiato, ed in particolare l'onere di dimostrare il difetto del prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno (art. 4), è particolarmente difficile per prodotti ad alta complessità tecnologica.

4. I soggetti responsabili.

Se in base di principi generali la responsabilità per il danno ricade sulla persona che crea o mantiene un rischio e se la stessa è tenuta a «minimizzarlo ex ante o risarcirlo ex post nel caso in cui non riesca ad evitare il suo avverarsi» Ne consegue che, in questo ambito, la responsabilità per i danni deve appuntarsi, quindi, su (a) chiunque crei un sistema di IA, (b) ne esegua la manutenzione, (c) lo controlli o (d) vi interferisca.

La responsabilità dell'operatore ai sensi della proposta di regolamento si basa sul fatto che egli esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento di un sistema di IA, assimilabile a quello del proprietario di un'automobile (considerando 10 prop. Reg.).

L'«operatore di *front-end*» (lett. e) è la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA e che beneficia del suo funzionamento. Sulla base della Risoluzione, quindi, la responsabilità può ricadere sul *deployer*, nozione nella quale può, ad esempio, rientrare il conducente del veicolo non del tutto autonomo o il medico che utilizza un sistema di intelligenza artificiale. L'«operatore di *back-end*», invece, la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, «definisce le caratteristiche» della tecnologia e «fornisce i dati» e il «servizio di supporto» di *back-end* essenziale e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA.

Per «controllo» (art. 3 lett. g) si intende l'azione che *influenza* il funzionamento di un sistema di IA e che, quindi il grado quindi il grado di esposizione di terzi ai suoi potenziali rischi.

Laddove ci sia più un operatore, ad esempio, un operatore di *back-end* e un operatore di *front-end*, il PE ritiene che in tal caso tutti gli operatori dovrebbero essere responsabili in solido, pur avendo il diritto di rivalersi reciprocamente su base proporzionale, in misura dei «rispettivi gradi di controllo che gli operatori hanno esercitato sul rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA» e non del criterio, concettualmente diverso, ma simile negli effetti pratici, del contributo causale apportato dalla condotta di ciascuno (sempre che una condotta sia concretamente individuabile) o del grado di colpa di ciascuno.

Il regolamento non si occupa, invece, della tutela alle persone che subiscono danni (patrimoniali e non) a seguito dell'interferenza di un terzo quale, ad esempio, un *hacker*. Essa, infatti, costituisce sistematicamente un'azione basata sulla colpa, per cui il vigente diritto degli Stati membri in materia di responsabilità civile per colpa offre già, il più delle volte, un livello sufficiente di protezione. Solo per casi specifici, inclusi quelli in cui il terzo sia irrintracciabile o insolubile, risultano necessarie ulteriori norme in materia di responsabilità per integrare il diritto nazionale in materia di responsabilità civile (punto 9 racc.). È evidente, in tal caso, la necessità di prevedere che per tale attività pericolosa, come

ad esempio, quella da circolazione stradale (non a caso richiamata per analogia come attività rischiosa – punto 10 racc.), siano istituiti fondi di garanzia che assicurino forme di risarcimento in favore del danneggiato.

Tali passaggi sembrano implicare che, oltre alla forza maggiore, anche il fatto del terzo porti ad escludere la responsabilità dell'operatore del sistema di IA ad alto rischio.

Quanto all'*utente*, ovvero la persona che utilizza il sistema di IA coinvolta nell'evento dannoso, questi dovrebbe essere chiamata a rispondere a norma del presente regolamento solo laddove si qualifichi anche come operatore. In caso contrario, la sua responsabilità può essere affermata solo per colpa, apprezzando l'entità del suo contributo al rischio per negligenza grave o intenzionale (considerando 11 prop. reg.).

5. IA ad alto rischio e non ad alto rischio: responsabilità oggettiva e per colpa presunta.

Le IA sono estremamente diverse nelle caratteristiche, funzionamento, settore operativo. La stragrande maggioranza dei sistemi di IA è utilizzata per gestire compiti banali, privi di rischi o con rischi minimi per la società (considerando 6 prop. reg.).

La Risoluzione, pertanto, preferisce utilizzare la diversa espressione di «processo decisionale automatizzato» la quale potrebbe evitare la possibile ambiguità del termine IA. Esso implica che «un utente deleghi inizialmente una decisione, in parte o interamente, a un'entità utilizzando un software o un servizio; che tale entità a sua volta utilizza modelli decisionali automatizzati per lo svolgimento di un'azione per conto di un utente, o per informare le decisioni dell'utente nello svolgimento di un'azione» (punto G ris. e considerando 6 pro. Reg.).

Onde non assimilarle tutte al medesimo regime di responsabilità, il PE ricorre al criterio del rischio, giustamente considerato come il più opportuno in relazione alla essenza dell'IA, consistente nell'essere una tecnologia che sia in grado di prendere decisioni autonome.

Distingue, pertanto, il sistema di IA *ad alto rischio*, quando il suo funzionamento autonomo ha un elevato potenziale di causare danni a una o più persone, in un modo che è casuale e che va ben oltre quanto ci si può ragionevolmente aspettare. La Risoluzione indica che

occorre anche tenere conto del settore in cui è possibile prevedere l'insorgere di rischi significativi e della natura delle attività svolte; ritiene che l'importanza del potenziale dipenda dall'interazione tra la gravità dei possibili danni, la probabilità che il rischio causi un danno o un pregiudizio e la modalità di utilizzo del sistema di IA (punto 15 Racc.). Tra i sistemi a rischio elevato possono indicarsi gli aeromobili senza equipaggio, i veicoli con livello di automazione elevato (livello 4 e 5 delle norme SAE J3016).

Dal momento che all'avvio del funzionamento autonomo del sistema di IA, la maggior parte delle persone potenzialmente interessate è ignota e non identificabile, il PE ritiene che il sistema di IA che agisce in modo autonomo è potenzialmente molto più pericoloso per il pubblico, ragione per cui la Risoluzione prevede una *responsabilità oggettiva* per le IA *ad alto rischio*, previste nell'elenco allegato alla Risoluzione (da aggiornarsi semestralmente) e una *responsabilità colposa* per le IA che, invece, non presentano tale livello di rischio.

L'inserzione nell'elenco è decisiva in quanto tutte le attività, i dispositivi o i processi guidati da sistemi di IA che possono provocare danni o pregiudizi, ma che non sono indicati nell'elenco contenuto nell'allegato al regolamento proposto, dovrebbero continuare a essere soggetti a un regime di colpa presuntiva, per cui la persona interessata dovrebbe comunque poter far valere una presunzione di colpa dell'operatore, che dovrebbe potersi disculpare dimostrando di aver rispettato l'obbligo di diligenza (punto 20).

Nel caso in cui, tuttavia un sistema di IA che non sia ancora stato valutato dalla Commissione e dal comitato permanente e che, di conseguenza, non sia ancora stato classificato come ad alto rischio e non sia stato incluso nell'allegato al regolamento proposto, essere dovrebbe soggetto alla responsabilità oggettiva qualora abbia causato incidenti ripetuti che producono gravi danni o pregiudizi, ferma restando la necessità per la Commissione di «valutare, senza indebito ritardo, la necessità di rivedere» l'allegato nonché l'effetto retroattivo dell'inclusione di tale sistema di IA nell'elenco, a partire dal momento in cui si è verificato il primo incidente provocato dal sistema di IA in questione, che ha causato un danno o un pregiudizio grave (punto 21 Racc.).

Gli operatori dei sistemi di sistemi di IA ad alto rischio possono esonerarsi da responsabilità, definita come *oggettiva* solo provando la forza maggiore. Non possono, pertanto, eludere la propria responsabilità sostenendo di avere agito con la dovuta diligenza o che il danno o il pregiudizio sia stato cagionato da un'attività, dispositivo o processo autonomo guidato dal loro sistema di IA.

La proposta regolamento prevede che le sue norme prevalgano sui regimi nazionali di responsabilità civile in caso di discrepanze nella classificazione dei sistemi di IA ai fini della responsabilità oggettiva.

La proposta di direttiva indica, quanto alla dimostrazione della colpa per l'utilizzo di sistemi di IA non ad alto rischio, «la diligenza che ci si può attendere da un operatore dovrebbe essere commisurata i) alla natura del sistema di IA, ii) al diritto giuridicamente tutelato potenzialmente interessato, iii) al danno o pregiudizio potenziale che il sistema di IA potrebbe causare e iv) alla probabilità di tale danno». Occorre tener conto anche del fatto che l'operatore potrebbe avere una conoscenza limitata degli algoritmi e dei dati utilizzati nel sistema di IA (considerando 18 prop. Reg.).

L'art. 8 prevede che l'operatore non è responsabile se riesce a dimostrare che il danno o il pregiudizio arrecato non è imputabile a sua colpa per uno dei seguenti motivi: a) il sistema di IA si è attivato senza che l'operatore ne fosse a conoscenza e sono state adottate tutte le misure ragionevoli e necessarie per evitare tale attivazione al di fuori del controllo dell'operatore; b) è stata rispettata la dovuta diligenza: selezionando un sistema di IA idoneo al compito e alle competenze, mettendo debitamente in funzione il sistema di IA, monitorando le attività e mantenendo l'affidabilità operativa mediante la periodica installazione di tutti gli aggiornamenti disponibili.

Viene altresì precisato che l'operatore non può sottrarsi alla responsabilità sostenendo che il danno o il pregiudizio sia stato cagionato da un'attività, dispositivo o processo autonomo guidato dal suo sistema di IA.

L'operatore non è responsabile se il danno o il pregiudizio è dovuto a cause di forza maggiore.

6. La responsabilità per i danni cagionati dall'IA nel codice civile.

Se si analizza l'impatto della proposta di regolamento sul piano interno, deve rilevarsi che diverse norme del Codice civile, nell'attesa dell'approvazione del Regolamento, appaiono astrattamente applicabili ai sistemi di IA. Ad esempio, qualora il sinistro avvenga nell'ambito della circolazione di autoveicoli su strada, si potrà fare riferimento all'art. 2054 c.c.

Analogamente le regole speciali della responsabilità aggravata o semioggettiva, dalla rovina di edificio, ai danni da aeromobili in volo, potranno risultare di volta in volta applicabili anche qualora siano utilizzati strumenti dotati di intelligenza artificiale.

Nelle ipotesi ulteriori, il danno cagionato dall'utilizzo di un sistema di IA appare astrattamente riconducibile a diverse disposizioni⁶.

Potrebbe farsi ricorso, in particolare, all'art. 2049 c.c. sulla responsabilità del datore di lavoro per l'illecito dei «domestici e commessi». Si è osservato, tuttavia, che in tale caso il datore di lavoro risponde per l'agire di un soggetto che è astrattamente imputabile, tanto che il dipendente risponde del danno cagionato in solido con il datore di lavoro.

Numerose, poi sono le forme di responsabilità indiretta, oggettiva o aggravata, a seconda della classificazione dottrinale alla quale si voglia fare riferimento.

Da un lato si è richiamato l'art. 2047 c.c., sul danno causato dall'incapace, e l'art. 2048 c.c., in materia di responsabilità dei genitori, dei tutori e dei precettori, i quali rispondono per il fatto cagionato dal minore, dal soggetto sottoposto a tutela, dall'allievo o dall'apprendista.

Se è vero che l'IA non ha capacità giuridica, mentre gli incapaci si è sostenuto che l'applicabilità della norma al caso in esame è sostenibile in considerazione della natura evolutiva e autonoma dei dispositivi in esame, caratteristica che li distingue dagli oggetti inanimati.

L'utilizzo di dispositivi intelligenti nell'ambito produttivo può anche costituire un'attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. Si è sostenuto che tale connotazione sarebbe impropria in quanto l'IA è utilizzata come mezzo correttivo o integrativo delle imprecisioni umane e risultando capace di evitare i rischi legati allo svolgimento di certe attività, non escludendosi, tuttavia, che, qualora il dispositivo intelligente sia utilizzato nello svolgimento di un'attività ritenuta di per sé pericolosa, la disposizione potrebbe risultare applicabile.

Ancora si è proposto di applicare l'art. 2051 c.c. sulle cose in custodia o, piuttosto, l'art. 2053 c.c. sul danno cagionato da custodia di animali, in considerazione dell'autonomia decisionale e di spostamento che possano avere alcuni sistemi di IA.

⁶ In merito v. diffusamente M. Ratti, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2020, p. 1174 ss.

Paradossalmente, per le attività non rischiose dovrebbe applicarsi l'art. 2051 c.c. che esclude la responsabilità solo per il fortuito, mentre il meno rigoroso art. 2050 c.c., che prevede la prova liberatoria dell'aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, sarebbe destinato a trovare applicazione per le attività pericolose in luogo dell'art. 2050 c.c.

Si è quindi coerentemente proposto che dovrebbe applicarsi l'art. 2050 c.c. qualora il danno sia cagionato dalla cosa sottoposta alla direzione, ancorché inadeguata, di un soggetto, mentre l'art. 2051 c.c. dovrebbe essere applicato qualora la cosa non sia azionata direttamente dall'operatore.

Risulta evidente, peraltro, che trovando molte di tali norme applicazione per analogia, il regolamento, riempiendo il vuoto normativo, porterà ad escluderne l'applicazione o a limitarla a casi residuali.

Fondamentale per lo sviluppo dell'IA e la tutela dei danneggiati è la previsione dell'assicurazione obbligatoria per gli operatori a copertura della responsabilità civile adeguata agli importi e all'entità del risarcimento previsti dagli articoli 5 e 6 della proposta di regolamento, salvo che tale attività non sia già soggetta ad un regime di assicurazione obbligatoria ai sensi di un'altra legge dell'Unione o nazionale o fondi assicurativi aziendali volontari che copra tali gli importi e l'entità del risarcimento.

7. La prova della responsabilità: la “scatola nera” e l'accesso ai dati.

La prova della responsabilità dell'IA può essere difficile o, eccessivamente onerosa o anche impossibile, perché la loro *opacità strutturale* potrebbe rendere estremamente oneroso, se non impossibile, identificare chi ha il controllo del rischio associato a quel sistema di IA o quale codice, input o dati abbiano causato, in definitiva, l'attività pregiudizievole.

La questione è resa più complessa dalla connettività, che spesso lega un sistema di IA e altri sistemi, di IA e non di IA, dalla dipendenza da dati esterni (si pensi alla tematica dell'*Internet of Things*), dalla vulnerabilità a violazioni della cybersicurezza e dalla progettazione di sistemi di IA sempre più autonomi, che si avvalgono, tra l'altro, di tecniche di apprendimento automatico e di apprendimento profondo.

A tal fine il PE indica alla Commissione che occorre valutare in che modo i dati raccolti, registrati o salvati riguardanti sistemi di IA ad alto rischio potrebbero essere consultati e

utilizzati dall'autorità inquirente e in che modo la tracciabilità e la verificabilità di tali dati potrebbero essere migliorate, tenendo conto di diritti fondamentali e del diritto alla tutela della vita privata.

I sistemi di IA più evoluti e complessi sono sviluppati e si basano su tecnologie come le reti neurali e i processi di apprendimento profondo. La loro opacità e autonomia potrebbe rendere molto difficile ricondurre determinate azioni a specifiche decisioni umane prese durante la loro progettazione o il loro funzionamento. L'operatore potrebbe sostenere, ad esempio, che l'attività, il dispositivo o il processo fisico o virtuale che ha causato il danno o il pregiudizio fosse al di fuori del proprio controllo in quanto attivato da un'operazione autonoma del proprio sistema di IA. Pertanto, vi potrebbero essere casi di responsabilità in cui l'attribuzione della responsabilità potrebbe essere iniqua o inefficiente o in cui la persona che ha subito un danno cagionato da un sistema di IA non possa dimostrare la colpa del produttore, di una terza parte che abbia interferito o dell'operatore, e non ottenga, pertanto, un risarcimento (considerando 7 prop. dir.).

Ciononostante, secondo il PE deve affermarsi che chiunque crei un sistema di IA, ne esegua la manutenzione, lo controlli o interferisca con esso dovrebbe essere chiamato a rispondere del danno o pregiudizio che l'attività, il dispositivo o il processo provoca.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2 un operatore ritenuto responsabile può utilizzare i dati generati dal sistema di IA per provare il concorso di colpa della persona interessata, in conformità del regolamento (UE) 2016/679 e di altre leggi pertinenti in materia di protezione dei dati.

La persona interessata può utilizzare tali dati anche come prova o ai fini di un chiarimento nell'ambito dell'azione per responsabilità.

Per ovviare a tali inconvenienti la risoluzione afferma un principio di equità del risarcimento basata sull'equivalenza del livello di protezione assicurato al danneggiato dalla IA rispetto alle ipotesi nelle quali non sia coinvolto un sistema di IA.

8. La prescrizione.

Le azioni per responsabilità civile intentate per pregiudizi subiti da sistemi di IA ad alto rischio (art.4, paragrafo 1), se inerenti a danni alla vita, alla salute o all'integrità fisica sono

soggette a un termine di prescrizione speciale di 30 anni a decorrere dalla data in cui si è verificato il danno; se, invece, intentate per danni al patrimonio o rilevanti danni non patrimoniali che risultino in una *perdita economica verificabile* sono soggette a un termine di prescrizione speciale di: a) 10 anni a decorrere dalla data in cui si è verificato, rispettivamente, il danno al patrimonio o la perdita economica verificabile derivante dal danno non patrimoniale rilevante o b) 30 anni a decorrere dalla data in cui ha avuto luogo l'attività del sistema di IA ad alto rischio che ha provocato il danno al patrimonio o il danno non patrimoniale. Tali norme trovano applicazione senza pregiudizio l'applicazione del diritto nazionale che disciplina la sospensione o l'interruzione della prescrizione. Le azioni per responsabilità civile intentate per danni da attività di IA non ad alto rischio, invece, o (art. 8, paragrafo 1 regolamento) sono soggette ai termini di prescrizione e agli importi ed entità di risarcimento delle leggi dello Stato membro in cui si è verificato il danno o il pregiudizio.

Infine, nella consapevolezza del carattere sperimentale della normativa e della velocità dei cambiamenti dei sistemi di IA, la proposta di regolamento prevede che entro tre anni dalla data di sua applicazione del presente regolamento, e successivamente ogni tre anni, la Commissione presenti una relazione dettagliata al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo riesaminando anche il testo normativo alla luce degli ulteriori sviluppi dell'intelligenza artificiale.

Abstract: Il Parlamento Europeo ha adottato recentemente diverse risoluzioni sul tema dell'intelligenza artificiale, tra cui quelle sui sistemi autonomi di armi letali, sui diritti di proprietà intellettuale e sul *Regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale* (20 ottobre 2020).

Quest'ultima, contiene anche una proposta di regolamento la quale, opportunamente esclusa l'opzione del riconoscimento della personalità giuridica ai sistemi di IA e chiarito che la tutela prevista dal regolamento è aggiuntiva rispetto a quella derivante dalle condizioni contrattuali o da altre norme (tra cui la direttiva euro unitaria in materia di responsabilità da prodotti difettosi), individua i soggetti responsabili, distingue le diverse tipologie di sistemi di IA e ne differenzia il regime di responsabilità; inoltre, regola gli obblighi assicurativi, il diritto alla prova e il regime della prescrizione delle azioni risarcitorie delle vittime.

La Risoluzione, imperniata sulla nozione di IA come software o hardware che simula l'intelligenza umana e che agisce con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici, distingue i sistemi di IA ad “alto rischio”, per i quali è prevista una responsabilità oggettiva, dalle altre IA, per le quali, invece la responsabilità è colposa

La Risoluzione si occupa anche del problema della prova e dell'accesso dell'autorità giudiziaria alla “scatola nera”, in particolare per i sistemi di IA basati su neurali e sul *deep learning*.

Abstract: The European Parliament has recently adopted several resolutions on the subject of artificial intelligence, including those on autonomous lethal weapons systems, on intellectual property rights and on the *Civil liability regime and artificial intelligence* (20 October 2020).

The latter also contains a proposal for a regulation which, having duly ruled out the option of recognising the legal personality of AI systems and clarified that the protection provided for by the regulation is additional to that deriving from contractual conditions or other rules (including the unitary euro directive on product liability), identifies the liable parties, distinguishes between the various types of AI systems and differentiates their liability regime; it also regulates insurance obligations, the right to evidence and the limitation regime for actions for damages by victims.

The resolution, which focuses on the concept of AI as software or hardware that simulates human intelligence and acts with a certain degree of autonomy in order to achieve specific objectives, distinguishes between “high-risk” AI systems, for which strict liability is provided for, and other AI systems, for which liability is culpable.

The Resolution also deals with the problem of evidence and access by the judicial authorities to the “black box”, in particular for AI systems based on neural and deep learning.

Parole chiave: intelligenza artificiale – Unione europea – software – hardware – responsabilità.

Key words: artificial intelligence – European Union – software – hardware – responsibility.

RIFLESSIONI SULLA LIBERA AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE NELLA SCELTA DELLE CURE MEDICHE: UNO SGUARDO COMPARATIVO TRA ITALIA E ALBANIA*.

di Emanuela Furramani** e Rezart Bushati***

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il diritto del paziente alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche: il diritto al consenso informato. – 2.1. Il diritto di rifiutare le cure mediche. – 2.2. Il diritto di sospendere un trattamento medico. – 3. Riflessioni sul diritto alla libera autodeterminazione nella legislazione albanese.

263

1. Introduzione.

Il tradizionale rapporto paternalistico¹ medico – paziente, connotato da una forte asimmetria² e da un'ampia discrezionalità del medico nell'effettuare le scelte di cura del paziente³ è da tempo entrato in crisi, lasciando il posto a un operare del medico nel rispetto della libera autodeterminazione del paziente⁴. Di conseguenza il paziente ha la piena autonomia nella decisione relativa agli atti che implicano un'interferenza sulla sua integrità psicofisica. Simile meccanismo garantisce al paziente una partecipazione più attiva nella

* *Sottoposto a referaggio.*

** Docente di Diritto penale e Diritto penale internazionale – Università di Scutari “Luigj Gurakuqi”.

*** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, indirizzo internazionale, europeo, navigazione – Università di Roma “Tor Vergata”.

¹ Sul tema A. Fiori e D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Vol. III, Milano, 2009, p. 65 ss.; L. Petraglia, *Libertà di rifiutare le cure e responsabilità penale del medico: quando la natura deve fare il suo corso*, in *San. pubb. priv.*, 2008, I, p. 11.

² Sull'asimmetria nel rapporto medico – paziente: Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere su scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001 (in www.governo.it/bioetica/pareri.html), p. 46: “Sul piano pratico lo squilibrio tra medico e paziente è ineliminabile: ma spetta certamente al medico lo sforzo di ridurre al massimo questa asimmetria, secondo un impegno che fa parte della sua Arte sul piano tecnico, prima ancora che su quello morale”.

³ Sul punto A. Pioggia, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2011, p. 129; A. Santosuosso, *Evoluzione del concetto di “salute”*, in G. Bonachi (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, Carocci, Roma, 2002, p. 117; F. P. Ruggiero, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico – chirurgico: prospettiva di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 196.

⁴ In tal senso G. Iadecola, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico – chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 166.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 241.; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 222.

scelta del trattamento medico⁵ a cui verrà sottoposto, fondato su una sua preventiva e adeguata informazione ai fini di una decisione consapevole⁶.

Questo radicale cambiamento è dovuto principalmente al progresso della scienza medica, allo sviluppo tecnologico, e all'evoluzione del diritto e del pensiero filosofico del XX secolo, basato sui principi di uguaglianza dei cittadini, della pari dignità morale, della libertà e dell'autonomia del singolo. Alla luce di quanto sopra esposto, assume immediata rilevanza la posizione attribuita alla persona umana in quanto essere razionale, libero, capace di riconoscere e di scegliere a favore della salvaguardia della propria salute con l'aiuto e le conoscenze del medico⁷.

2. Il diritto del paziente alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche: il diritto al consenso informato.

Ai fini dell'individuazione della portata del diritto alla libera autodeterminazione del paziente in campo medico, di particolare interesse è l'art. 32 della Costituzione italiana. La finalità principale perseguita da questo articolo è la tutela dell'integrità psicofisica dell'individuo da qualsiasi tipo d'interferenza esterna, sia questa intrapresa da persone terze o da organi dello Stato, nello specifico, tutela dalle sperimentazioni scientifiche che non siano accettate volontariamente. A tal proposito, la Costituzione offre una protezione complessiva dell'essere umano nella sua integrità psicofisica⁸, dignità e *identità personale*⁹.

Tuttavia, oltre alla tutela dell'integrità psicofisica della persona, il diritto alla libera autodeterminazione rappresenta un diritto – strumento finalizzato alla piena realizzazione

⁵ G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità*, in S. Aleo, R. De Matteis e G. Vecchio (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, I, Padova, 2014, p. 375.

⁶ B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, in *Buletin i urdhrit të mjekëve të Shqipërisë*, Maj – Gusht 2017, p. 21; B. Hoerni, *75 reflexion sur la médecine*, 1992, pp. 207-210.; M. Mano, *Etika, Bioetika, Deontologjia mjekësore*, Tiranë, 2011, p. 370; M. Bilancetti, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 354 ss.; G. Ferrando, *Informazione*, cit., p. 375. In merito alla questione si veda anche D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 6/2007, p. 1196.

⁷ Così C. D. Leotta, *Consenso informato*, voce in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, Utet, Torino, 2010, p. 100.

⁸ In merito alla questione si veda D. Pulitanò, *Doveri del medico*, cit., p. 1196.

⁹ M. B. Magro, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2019, p. 3, (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5678-magro2019a.pdf>).

del diritto alla salute¹⁰. Questo suo carattere si rileva nell'interpretazione offerta dalla dottrina e giurisprudenza italiana, secondo le quali questo principio cardine dell'ordinamento è inquadrabile non solo nel contesto del citato art. 32, comma 2, Cost., ma viene altresì identificato nel più ampio principio dell'inviolabilità della libertà personale dell'individuo, previsto dall'art. 13 Cost.¹¹.

Di recente, l'intervento del legislatore, attraverso la legge n. 219/2017¹², ha messo in evidenza la natura fondamentale del diritto alla libera autodeterminazione in campo medico¹³, in quanto strumento principale per la tutela del diritto alla vita, salute e dignità della persona. Questa legge, a lungo attesa, ha colmato il vuoto normativo preesistente e si propone come obiettivo quello di fare chiarezza sulla relazione medico – paziente, specie riguardo al diritto alla libera autodeterminazione del paziente nel trattamento medico salvavita e quello relativo alle fasi finali della vita, questioni queste che hanno continuamente provocato un forte dibattito in dottrina e giurisprudenza, con riferimento anche alle implicazioni etiche e giuridiche che esse inevitabilmente comportano.

La nuova normativa prevede una regolamentazione volta a valorizzare e garantire il diritto alla libera autodeterminazione e alla dignità del paziente, seguendo la linea già tracciata dalla giurisprudenza¹⁴, proiettata a tutelare il paziente. Nello specifico, nell'articolo 1 dedicato al consenso informato, vengono esplicitamente richiamati i principi contenuti negli articoli 2, 13 e 32 Cost., nonché agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali tutelano il diritto all'inviolabilità della dignità umana, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica e consenso libero e informato. Questo primo articolo della legge disciplina in modo dettagliato ed esaustivo il consenso informato, riconoscendo e garantendo al paziente il diritto alla libera autodeterminazione in entrambi

¹⁰ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economia e sociale».

¹¹ Sul tema A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, p. 27 ss.; R. Fresa, *La colpa professionale in ambito sanitario: responsabilità civile e penale (consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza)*, Torino, 2008, p. 55.; A. Santosuosso, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, III, 1997, p. 38.

¹² legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, entrata in vigore il 31 gennaio 2018, in GU n.12 del 16-1-2018.

¹³ R. Calvo, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, p. 689 ss.; S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 78 ss.

¹⁴ Corte cost., n. 438 del 23 dicembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1328 ss.; Cass. Civ., Sez. I, n. 21748/2007, caso Eluana Englaro; Tribunale di Roma, Sez. I civile, ord. 16-12-2006.

i suoi risvolti: da un lato il diritto di esprimere il proprio consenso dopo essere stato adeguatamente informato e aggiornato sulle proprie condizioni di salute e sulle terapie mediche, fatto salvo il trattamento sanitario obbligatorio e lo stato di necessità come previsti dall'art. 54 c.p.¹⁵; e dall'altro lato il diritto di rifiutare le cure, e di conseguenza anche di sospendere il trattamento medico già in atto, perfino in situazioni di rischio per la salute o vita del paziente¹⁶.

Per essere esercitato correttamente il diritto al consenso informato richiede *conditio sine qua non* la capacità di intendere e volere del paziente e nel contempo la comunicazione allo stesso di informazioni adeguate e complete riguardanti: lo stato di salute, la situazione patologica, diagnosi, prognosi, benefici e probabili rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché informazioni sulle possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto di sottoporsi al trattamento proposto¹⁷. La comunicazione delle informazioni adeguate costituisce un elemento importante ai fini di un consenso informato valido ed essa può influenzare in modo considerevole la scelta del paziente¹⁸.

Negli anni, la rilevanza del diritto alla libera autodeterminazione in campo medico, in quanto diritto fondamentale della persona, è stata riconosciuta anche dalla Corte EDU,

¹⁵ Art. 54 c. p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

¹⁶ In tal senso si veda A. Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1996, p. 16; G. Gennari, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1417; G. Guerra, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, in *Danno e resp.*, 2008, I, p. 438.; M. Gorgoni, *La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 488 ss; Pret. Roma, 3 aprile 1997, De Vivo, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 950, con nota di G. Iadecola, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*; F.P. Ruggiero, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico – chirurgico: prospettiva di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 202; B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, 16.09.2017, in *sot.com.al.*; In giurisprudenza si veda Ass. Firenze, 18.10.1990, in *Foro it.*, 1991, II, p. 236; Cass. Pen., 21 ottobre 2005, n. 38852.; Cass. Civ., Sez. I, n. 21748/2007, caso *Englaro*; Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 15, in *Dir. giust. on line*, 18 marzo 2008 e in *Giuda al dir.*, 2008, p. 93; Cass., Sez. I, 10 luglio 2009, n. 37875; Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, P.M., in proc. Petretto, *CED Cassazione*; Corte EDU, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, Reports 1998-I, par. 60); *Idem*, *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III.

¹⁷ Art. 1, par. 3, legge 22 dicembre 2017, n. 219.; In dottrina R. Fresa, *La colpa*, cit., p. 67; F. Ruggiero, *Il consenso*, cit., p. 192.; G.A. Norelli e E. Mazzeo, *Il consenso partecipe nella norma e nella prassi medica*, in F. Di Pilla, *Consenso informato e diritto alla salute. Atti del convegno, Perugia, 26 novembre 1999*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 63 ss.

¹⁸ M. Di Masi, *Effetti redistributivi della Legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis, *Questioni di fine vita*, p. 17.

nonostante tale diritto non viene espressamente annunciato dalla CEDU, attraverso l'estensione della tutela con una nuova e interessante interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*. In questo senso, è stato affermato in più di una occasione dalla Corte EDU che la mancata comunicazione preventiva al paziente dell'informazione dettagliata sui rischi del trattamento medico e di conseguenza il mancato ottenimento del consenso informato è da considerare violazione dell'art. 8 della CEDU¹⁹, sottolineando nello stesso tempo la rilevanza del diritto all'accesso alle informazioni concernenti lo stato di salute delle persone che si devono sottoporre a un determinato trattamento medico, che consenta loro di valutare rischi e benefici²⁰.

A tal proposito, la Corte EDU rileva che la mancata comunicazione al paziente delle informazioni sopra riportate può comportare, nel caso si verifichi uno dei rischi a cui il trattamento espone, la responsabilità diretta del medico. A tale proposito la Corte ritiene che gli Stati parte sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a garantire che i medici considerino le conseguenze prevedibili di una procedura medica pianificata sull'integrità fisica dei loro pazienti, e di informare quest'ultimi anticipatamente, in modo tale da essere in grado di dare il consenso informato²¹.

Nella stessa linea, la Corte EDU si è espressa anche riguardo al diritto di rifiutare le cure, osservando che l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente viola l'integrità fisica di quest'ultimo, incidendo sull'esercizio del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. La Corte riconosce in capo alla persona la libera disponibilità del proprio corpo come una dimensione del più ampio concetto di *vita privata* il quale ricopre anche l'integrità fisica e psicologica di una persona²² ai sensi dell'art. 8 CEDU. Pertanto, un intervento medico in violazione del rifiuto del paziente, anche se di minore importanza, costituisce un'interferenza con questo diritto²³.

¹⁹ Corte EDU, *Csoma v. Romania*, 8759/05, 15 January 2013, par. 42; *Idem, Trocellier v. France* (dec.), n. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV, par. 4; *Vo v. France* [GC], n. 53924/00, par. 89, CEDU 2004-VIII; *Codarcea v. Romania*, n. 31675/04, 2 June 2009, par. 105; *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III; *Glass v. United Kingdom*, (Application no. 61827/00, Judgment dated 09/03/2004), par. 70-83.; *V.C v. Slovakia*, (Application no. 18968/07, Judgment dated 08/11/2011), par. 43-47 e par. 100-120; *N.B v. Slovakia*, (Application no. 29518/10, Judgment dated, 12/06/2012), par. 74-81; *G and others v. Slovakia*, (Application no. 15966/04, Judgment dated 13/11/2012), par. 120-126 e par. 135-146.

²⁰ Corte EDU, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, Reports 1998-I, par. 60

²¹ Corte EDU, *Trocellier c. France* (dec.), no. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV.

²² Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, sentenza del 26 marzo 1985, Serie A n. 91, p.11, par. 22.

²³ Corte EDU, *X v. Austria*, no. [8278/78](#), Commission decision of 13 December 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 155.; *Y. F. v. Turkey*, no. 24209/94, par. 33, in ECHR 2003-IX.

2.1. Il diritto di rifiutare le cure mediche.

Il rifiuto alle cure mediche è un imprescindibile corollario del diritto al consenso informato, esercitabile da una persona in grado di determinarsi, ossia: cosciente, responsabile e pienamente informata delle conseguenze delle proprie scelte. In questo senso, di fronte al rifiuto esplicito del paziente, il medico ha l'obbligo giuridico di astenersi da qualsiasi azione²⁴. Tale obbligo trova il proprio fondamento in una norma di rango costituzionale²⁵, la quale garantisce al paziente l'esercizio del diritto al rifiuto del trattamento medico, anche se necessario e *quoad vitam*²⁶.

In forza di simili affermazioni, il trattamento medico – chirurgico effettuato in mancanza del consenso informato del paziente o in presenza di un rifiuto esplicito viene considerato arbitrario, e di conseguenza, in violazione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo²⁷. In tal senso le Sezioni Unite della Corte Suprema hanno qualificato la condotta medica in

²⁴ F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 ss.; *ID.*, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, p. 87.; F. Ramacci, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 1707 ss.; B. Vimercati, *Consenso*, cit., p. 111.; M. Barni, G. Dell'Osso e P. Martini, *Aspetti medico legali e riflessi deontologici del diritto di morire*, in *Riv. it. med. leg.*, I, 1981, p. 27.; F. RAMACCI, R. RIZZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, *ivi*, 1983, p. 848.; A. Manna, *Profili penalistici del trattamento medico – chirurgico*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, p. 70.; In giurisprudenza si veda Cass., 27 marzo 2001, in *Dir. Giust.*, 2001, n. 40, p. 23 ss.; Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, n. 13; Pret. Roma, 3 aprile 1991 e Pret. Treviso, 29 aprile 1999, in *Bioetica*, 2000, n. 1, p. 123 ss.; Cass., 4 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 395, con nota di M. Barni.

²⁵ M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 911; F. Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 565.

²⁶ G. Ponzanelli, *Nancy Cruzan, La Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 72; Lo stesso principio viene ripreso anche dal Trib. Roma, 17 ottobre 2007, (in www.ansa.it) e dalla C. Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, p. 236, nella quale viene ribadito che ad ogni individuo spetta il diritto di rifiutare le cure mediche: «lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze: il che a ragione non può essere considerato riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto.»; Sul rifiuto di cure inteso come scelta di vita: «rifiuto del dolore, dell'infelicità connessa alla malattia ed eventualmente anche della cura: una scelta sul modo di vivere, di completare il proprio percorso di vita». Così D. Pulitanò, *Doveri del medico*, cit., p. 1199.

²⁷ Si veda Cass. Pen., 29 maggio – 11 luglio 2002; Cass. Civ., n. 21748, 4 ottobre 2007; Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio – 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 66 ss.; Cass. Pen., Sez. IV, 6 novembre – 4 dicembre 2008, n. 45126. In tal senso anche M. Pellissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. Carusi, S. Castiglione e G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino, 2011, p. 103.; M.N. Gribaudo, *Consenso*, cit., p. 8.; G. Iadecola, *La rilevanza del consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 42.

violazione del consenso informato come un'illegitima coazione dell'altrui volere²⁸. Tale orientamento della Corte viene condiviso da una parte autorevole della dottrina, secondo la quale il trattamento medico non può essere effettuato in presenza del rifiuto del paziente, anche se ritenuto salvavita. A tal proposito, vale la pena riprendere le considerazioni di Mantovani, secondo il quale giacché: «il soggetto non è titolare di un diritto al suicidio, non può in senso contrario nemmeno essere giuridicamente privato del diritto di non curarsi, di trascurarsi e di lasciarsi morire»²⁹. Questo orientamento mette in evidenza il risvolto negativo del diritto alla salute: «in quanto diritto di perdere la salute, di ammalarsi e di non curarsi, di vivere in fasi finali della propria esistenza secondo i canoni di dignità umana propri dell'interessato»³⁰.

Suddetto orientamento è stato confermato anche dalla Corte EDU nella sentenza riguardante il caso *Jehova's Witnesses of Moscow c. Russia* del 10 giugno 2010, concernente un paziente appartenente ai *Testimoni di Geova* il quale rifiutava di sottoporsi alla trasfusione di sangue. La Corte EDU afferma, in questo caso, il diritto del paziente all'autonomia nella consapevole scelta della terapia medica, asserendo: «perché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare le scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri»³¹.

²⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, p. 881, con nota di S. Campione, *Trattamento eseguito legis artis in difetto del consenso: la svolta delle S.U. penali nella prospettiva civilistica*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1060, con nota di S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza del consenso*; Cass. Pen., 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 66, con nota di G. Pietra, *Trattamento medico chirurgico arbitrario: un'assenza legale non più tollerabile*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1535 ss., con nota di M. Gorgoni, *Il medico non ha il diritto ma solo la potestà di curare*.

²⁹ «Negare questo diritto e predicare il dovere giuridico di curarsi, di essere sano, dovere fra l'altro concettualmente indeterminato e incontenibile, è aprire spaventose prospettive di imposizioni, di divieti, di controlli, che porterebbero involgere al limite, l'intero modo di vita del soggetto nelle sue più diverse manifestazioni (alimentazione, fumo, vestiario, sessualità e lavoro)». Così F. Mantovani, *Aspetti penalistici*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del convegno di studi, Roma, 1° dicembre 1982*, Jovene Editore, Napoli, 1983, p. 157.

³⁰ Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Sul tema si veda anche P. Bellini, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del convegno di studi, Roma 1° dicembre 1982*, Jovene Editore, Napoli, 1983, p. 61.; M. Portigliatti Barbos, (voce) *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, p. 4.

³¹ CEDU, *Jehova's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010, (C. 302/2002): «La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi ad un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione [...] Perché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare le scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri».

Questo principio cardine viene enunciato anche nella legge n. 219/2017, art. 1, par. 6: «[...] il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». Dunque, in caso di un espresso rifiuto del trattamento medico salvavita da parte del paziente, la legge esclude la responsabilità civile o penale del medico curante. Tale concetto viene ulteriormente consolidato nell'art. 2, denominato «Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita», il quale prevede una garanzia per il paziente «[...] in imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati», garantendo a quest'ultimo le cure necessarie ad alleviare la sofferenza.

Da quanto sopra esposto, viene rilevata in dottrina la necessità della lettura del *dovere di garanzia del medico* sotto un altro profilo, facendo ricadere su quest'ultimo il dovere di “impedire che il paziente rimanga privo della corretta offerta dei trattamenti possibili e dell'attuazione di quelli che accetta”³² e non quello di garantire sempre, comunque e a ogni costo la salute o la vita del paziente³³.

2.2. Il diritto di sospendere un trattamento medico.

Rilevanza non marginale assume in talune circostanze anche la questione della richiesta del paziente di interrompere le cure mediche già iniziate, che si colloca a fianco al diritto di rifiutare il trattamento medico.

Il diritto di sospendere le cure da parte del paziente trova il suo fondamento nel quadro dei

³² Così L. D'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, n. 2/2008, p. 759; Sull'argomento si veda anche S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2015, p. 80 ss. Per A. Santosuosso, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Riv. BioDiritto*, n. 1/2018, p. 86, la formulazione del comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 dovrebbe comunque servire a “tranquillizzare i medici circa la possibilità di subire misure repressive” in quanto “a fronte del rifiuto del paziente, non ricorrono gli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.) o della cosiddetta posizione di garanzia (art. 40 c.p.), come giustificazioni per pratiche mediche interventistiche, ispirate a una malintesa medicina difensiva”; A. Carminati, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-Bis - *Questioni di fine vita*, p. 19.

³³ In merito M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 16, (https://www.penalecontemporaneo.it/upload/DONINI_2017b.pdf).

principi sopra esposti. Siffatto diritto ricopre una particolare rilevanza nei casi di trattamenti medici di lunga durata, nei quali è necessario che il consenso espresso all'inizio del trattamento persista nel corso di tutta la sua durata³⁴. In queste circostanze, la presenza del solo consenso iniziale del paziente non è sufficiente a considerare lecito il trattamento, il quale può essere sospeso in qualsiasi momento da parte dell'interessato, a condizione che la sospensione sia oggettivamente possibile.

A questo riguardo, parte della dottrina³⁵, mette in evidenza l'autonomia della persona nella scelta delle cure mediche, che risulta principalmente connessa con il personale modo d'intendere la salute, la dignità e l'identità. Di conseguenza, la sospensione delle cure è da considerare una richiesta a *essere lasciato andare* e di non interporre ulteriori ostacoli nel processo di morire, delimitando l'intervento medico unicamente ai trattamenti che alleviano il dolore³⁶.

È evidente che il rifiuto o la sospensione del trattamento medico sono tematiche molto complesse e delicate che rendono difficile il delineare di un confine tra queste ultime e l'eutanasia³⁷, ossia la richiesta esplicita e inequivocabile da parte del malato terminale, afflitto da intollerabili sofferenze fisiche e psichiche, di porre termine alla propria vita³⁸. Non mancano, a tal proposito, gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che propongono una netta distinzione tra l'esercizio del diritto alla libera autodeterminazione e l'eutanasia. Il primo trova il proprio fondamento nel diritto del malato di pretendere che il processo biologico segua il suo percorso naturale senza interferenze³⁹ e nel principio

³⁴ Art. 5, Convenzione di Oviedo: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Lo stesso principio è stato ripreso dalla legislazione interna nel campo della sperimentazione clinica (l. n. 211/2003) e della procreazione assistita (l. n. 40/2004).

³⁵ P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 249.

³⁶ Sul punto P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 249.

³⁷ In tal senso si veda M.B. Magro, *The last dance*, cit., p. 24 ss.

³⁸ Sull'autonomia individuale alla fine della vita si veda D. Neri, *Il diritto di scegliere la propria fine*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1785. Si veda la definizione proposta da Cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, seconda edizione, 2018, pp. 339-340.

³⁹ P. Zatti, *Rapporto medico-paziente*, cit., p. 403 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 249 ss.; E. Furramani, *Right to life and self-determination in end-of-life decisions: Reflections on euthanasia*, in *ICSNS XI-2020, Eleventh International Conference on: "Social and natural sciences- Global challenge 2020"*, Madrid, 2020, p. 47.

secondo cui *nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un trattamento medico*⁴⁰, a esclusione dei casi esplicitamente previsti dalla legge.

In questo senso, gli interrogativi che si pongono in merito alla libera autodeterminazione nella relazione terapeutica ruotano attorno all'individuazione dei limiti che devono essere posti agli atti di disposizione dell'integrità psicofisica⁴¹, tenendo conto della natura fondamentale del diritto all'integrità fisica e alla vita⁴², in quanto quest'ultimi sono considerati diritti indisponibili, inalienabili e irrinunciabili che non possono essere separati dal loro titolare.

In merito a tale questione, oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza, si è espressa la Corte EDU nel caso noto *Pretty v. Gran Bretagna*⁴³, nella quale è stato domandato un'interpretazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) in senso negativo, e quindi, affermare il diritto dell'individuo di poter scegliere di porre fine alla propria vita, come corollario del diritto alla vita⁴⁴. La Corte EDU ha rigettato questa interpretazione, riconoscendo agli Stati un'ampia discrezionalità di regolamentazione sulle questioni di fine vita. In questo senso, in mancanza di una normativa nazionale che prevede in modo esplicito il diritto di decidere in merito alla fine della propria vita, è da escludere che questo diritto sia garantito dalla CEDU. Tuttavia, la Corte EDU riconosce che le questioni di fine vita rappresentano una delle tante dimensioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare e sono pertanto riconducibili nell'ambito dell'art. 8 CEDU. Quest'ultimo orientamento è stato ulteriormente confermato dalla stessa Corte in varie occasioni, nelle quali i giudici di Strasburgo in relazione al diritto di ottenere un aiuto a morire attraverso la somministrazione di farmaci letali hanno affermato che: «il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità a tale decisione, è uno degli

⁴⁰ C. Cuppelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017, p. 127.

⁴¹ Cfr. G. Cocco, *Un punto*, cit., p. 488.; A. Santosuosso, *Questioni false*, cit., p. 85.

⁴² G. Iadecola, *Potestà*, cit., p. 117.; *ID.*, *La responsabilità*, cit., p. 957. In tal senso si veda anche M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., p. 64; G. Casciaro, P. Santese, *Il consenso*, cit., p. 235.; A.M. Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in M. Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 38 ss.; T. Pasquino, *Il bene della "vita" e l'integrità del corpo: note a margine dell'art. 5 c.c.*, p. 58 ss.

⁴³ Corte EDU, *Case of Pretty v. United Kingdom*, Application no. 2346/2002, in *Human rights case digest*, vol. 13, no. 3-4, 2002, pp. 347-353.

⁴⁴ A. Santosuosso, *Indicazione medica vs. autodeterminazione: la formazione transnazionale del diritto*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino, 2011, p. 44 ss.

aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU»⁴⁵.

Sul tema dell'autonomia nella scelta delle cure mediche è intervenuta anche la Corte costituzionale nel 2019 con il *caso Cappato*⁴⁶, determinando in questo modo un cambio di rotta rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale italiano. La sentenza in esame è stata considerata rivoluzionaria in quanto ha il merito d'introdurre il principio della piena e libera autodeterminazione anche nelle questioni di fine vita⁴⁷ e sottopone la tematica alla dovuta attenzione sia dal punto di vista politico che giuridico.

Nello specifico, il giudice costituzionale, rileva che il divieto assoluto di aiuto al suicidio, tradizionalmente considerato un divieto funzionale alla tutela delle persone più fragili e vulnerabili, incide in modo tale da limitare e violare il loro diritto alla libera autodeterminazione, costringendo il paziente a cure mediche non volute, senza possibilità di sospenderle, ledendo di conseguenza il principio della dignità umana⁴⁸.

La Corte, affrontando la questione, alla luce di quanto sovra esposto, si riferisce al soggetto che si trova in situazioni molto particolari: «(a) affetto da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, il quale sia (c) tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.» In riferimento alle condizioni sopra descritte, la Corte annota che «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, 2 comma, Cost.».

Nell'orientamento della giurisprudenza Costituzionale si evidenzia la necessità di un bilanciamento tra i beni giuridici oggetto di tutela, ossia il diritto primario e assoluto della

⁴⁵ Corte EDU, *Haas contro Svizzera*, sentenza 20 gennaio 2011; Nello stesso senso, Corte EDU, *Koch contro Germania*, sentenza 19 luglio 2012, e *Gross contro Svizzera*, sentenza 14 maggio 2013.; *Lambert and others v. France* (application no. 46043/14), 5 June 2015, par. 98.

⁴⁶ Sul tema si veda F. Viganò, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, in *Criminal Justice Network*, 27 novembre 2018, (<https://www.criminaljusticenetwork.eu/en/post/the-italian-constitutional-court-on-assisted-suicide>).

⁴⁷ Cass., sentenza n. 242 del 25 settembre 2019, depositata in cancelleria il 22 novembre 2019.

⁴⁸ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, Considerato in diritto, punto 9: «il divieto assoluto di suicidio [...] funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

vita e quello della libera autodeterminazione in campo medico, rilevando che la tutela e il fondamentale rilievo della vita umana non esclude «l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva [...] da parte di terzi»⁴⁹.

Con questa decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi aiuta un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio⁵⁰. La decisione ha aperto forti dibattiti nell'ambito della dottrina penalistica, in particolar modo, per quanto riguarda le implicazioni che essa comporta nelle questioni di fine vita, poiché come si evidenzia, la Corte costituzionale interpreta il diritto alla libera autodeterminazione nelle cure mediche in modo estensivo, includendo in esso anche il diritto di decidere come e quando porre fine alla propria esistenza⁵¹.

3. Riflessioni sul diritto alla libera autodeterminazione nella legislazione albanese.

A differenza della normativa italiana, la quale garantisce costituzionalmente il diritto alla libera autodeterminazione in quanto diritto fondamentale della persona (art. 32, comma 2, Cost.), la Costituzione albanese, anche se relativamente giovane, adottata solo nel 1998, non contiene una previsione di questa portata.

Tuttavia, il diritto alla libera autodeterminazione in campo medico, in tutte le sue manifestazioni (diritto al consenso informato, rifiuto e sospensione del trattamento medico), trova affermazione nella legislazione albanese. Questo diritto fondamentale della persona viene affermato in primo luogo nella legge di ratifica della Convenzione di Oviedo

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, considerato in diritto, punto 2.3: «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva [...] da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto 'ad una morte rapida'».

⁵⁰ Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 6 del Considerato in diritto. Sul tema M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 7 ss.

⁵¹ D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2018, p. 59.; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 3, (<https://www.penalcontemporaneo.it/upload/5107-lazzeri2019a.pdf>).

sui diritti dell'uomo nei confronti della biomedicina⁵² e in alcune leggi ordinarie in tema di trattamenti medici⁵³, tra le quali si possono richiamare: la *legge sull'assistenza sanitaria*, n. 10107/2009⁵⁴, nell'art. 6, denominato «Responsabilità e diritti dei cittadini», nei commi 2/b e 2/ç, prevede rispettivamente il diritto di ogni persona di essere informata sul mantenimento e miglioramento della propria salute, al fine di prendere decisioni e il diritto di esprimere il consenso informato; la *legge sul trapianto di tessuti, cellule e organi nella Repubblica d'Albania*, n. 10454/2011⁵⁵, nell'art. 15 prevede espressamente il diritto al consenso informato del donatore; la *legge sul servizio di trasfusione di sangue*, n. 9739/2007 (negli artt. 7 e 8)⁵⁶; la *legge sull'interruzione della gravidanza*, n. 8045/1995⁵⁷, negli artt. 4 e 6, prevede il dovere del personale medico di informare il paziente e il diritto di prestare il proprio consenso dopo essersi informato (art.7); la *legge sulla salute riproduttiva*, n. 8876/2002, la quale garantisce fra altri anche il diritto al consenso informato⁵⁸, annunciando che: «qualsiasi intervento medico relativo alla salute riproduttiva e sessuale deve essere eseguito con il consenso (accettazione) della persona su cui verrà eseguito l'intervento»⁵⁹; la *legge sulla salute mentale*, n. 44/2012 (art. 6)⁶⁰; e infine la *legge*

⁵² Ligji nr. 10 339, datë 28.10.2010 *Për aderimin e Republikës së Shqipërisë në Konventën për të Drejtat e Njeriut dhe Biomjekësinë*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr. 159, datë 03.12.2010, p. 8327.

⁵³ E. Furramani, *Informed consent and its relevance on medical-surgical treatment*, in *Buletin shkencor*, Universiteti Luigj Gurakuqi nr. 8, Shkodër, 2014, p. 50.

⁵⁴ Ligji Nr.10 107, datë 30.3.2009 *Për kujdesin shëndetësor në Republikën e Shqipërisë*, i ndryshuar me ligjin nr. 27/2019, *Për disa ndryshime dhe shtesa në ligjin nr. 10 107, datë 30.3.2009, "Për kujdesin shëndetësor në Republikën e Shqipërisë"*, të ndryshuar.

⁵⁵ *Ligji për transplantimin e indeve, të qelizave dhe të organeve në Republikën e Shqipërisë*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë nr. 107, datë. 09/08/2011.

⁵⁶ La legge n. 9739, del 21 maggio 2007 *Sul servizio di trasfusione di sangue nella Repubblica dell'Albania*, nell'articolo 8 prevede il diritto del donatore del sangue di prestare il proprio consenso dopo aver ricevuto e capito le informazioni riguardanti il trattamento sanitario.

⁵⁷ Ligji për ndërprerjen e shtatzanisë, nr. 8045, datë, 7.12.1995, in GJ. Koja, A. Shehi, A. Njerrena e I. Minga (a cura di) *Legjislacioni shëndetësor në Republikën e Shqipërisë për periudhën 1992-2010, vol. I*, Tirane 2010, p. 48.

⁵⁸ Ligji për shëndetin riprodhues, nr. 8876, datë 4.4.2002, art. 6, par. 1, «1. Çdo grua, e lirë dhe e përjashtuar nga çdo formë diskriminimi, detyrimi dhe dhune, ka të drejtë për t'u kontrolluar e për të vendosur lirisht për të gjitha çështjet që lidhen me seksualitetin e saj dhe shëndetin seksual e riprodhues». Art 8, par. 2: «2. Ky ligj i garanton çdo individ vendimmarrjen për ushtrimin e të drejtave riprodhuese sipas dëshirës dhe interesit të tyre të lirë nga diskriminimi, detyrimi dhe dhuna».

⁵⁹ Ligji për shëndetin riprodhues, nr. 8876, datë 4.4.2002, art. 9, punto b: «çdo ndërhyrje mjekësore e lidhur me shëndetin riprodhues dhe seksual duhet kryer me pëlqimin (pranimin) e personit mbi të cilin do të kryhet ndërhyrja»; art. 15: «2. Sterilizimi është një metodë e ligjshme për planifikimin familjar dhe kryhet vetëm kur: a) pacienti jep pëlqimin me shkrim; a) individ plotëson kriterin moshë».

⁶⁰ Ligji n. 44/2012 *Për shëndetin mendor*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr. 53, 16 maj 2012, p. 2679, art. 6, Të drejtat e personave me çrregullime të shëndetit mendor: «ç) të drejtën për të pranuar ose jo ndërhyrjen e propozuar diagnostike e terapeutike, përveç rasteve të tjera të parashikuara në këtë ligj; d) të drejtën për të marrë informacionin e duhur për të drejtat e tyre, si dhe për të qenë pjesë e hartimit të planit individual të trajtimit; f) të drejtën për të mos u detyruar forcërisht të ekzaminohen nga pikëpamja

sulle cure palliative, n. 138/2014⁶¹, la quale garantisce il diritto del paziente sottoposto a cure palliative di essere informato in merito alla malattia, corretta diagnosi e prognosi di patologia, riconoscendo tra l'altro il diritto di scegliere le modalità e il tipo di cure mediche o di opporsi a esse, il diritto di prendere decisioni e di prestare il consenso al trattamento. Ruolo fondamentale nell'affermare il diritto alla libera autodeterminazione è da riconoscere alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina⁶², ratificata nel 2010, la quale nella gerarchia delle fonti nell'ordinamento albanese si trova subito dopo la Costituzione, rappresentando lo strumento legislativo principale che garantisce questo principio cardine.

Come noto, la Convenzione nell'art. 5 prevede esplicitamente la libera autodeterminazione della persona in campo medico, riconoscendo alla stessa il diritto di esprimere il proprio consenso informato dopo avere ricevuto un'informazione adeguata sullo scopo e natura dell'intervento, conseguenze e rischi di quest'ultimo, e contemporaneamente riconosce la libertà di ritirare tale consenso in ogni momento, ovvero il diritto di rifiutare il trattamento medico, anche quello già in atto⁶³. Va tenuto presente come la previsione normativa dell'art. 5: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato», risalta il principio dell'incoercibilità del trattamento medico sanitario, alla luce del quale nessun trattamento può essere imposto coattivamente contro la volontà della persona interessata⁶⁴, a esclusione dei casi esplicitamente previsti per legge⁶⁵.

Riferimento al consenso informato viene fatto anche nel Codice penale albanese, nella parte

mjekësore, me qëllim përcaktimin e një çrregullimi të shëndetit mendor të mundshëm, me përjashtim të rasteve dhe sipas procedurës së përshkruar në këtë ligj (Neni 20, Trajtim i pavullnetshem)».

⁶¹ Ligji për kujdesin paliativ në Republikën e Shqipërisë, nr. 138/2014, art. 5, Të drejtat e pacientëve në kujdes paliativ: «Pacientët, gjatë marrjes së kujdesit paliativ, gëzojnë këto të drejta: a) marrjen e kujdesit paliativ të arritshëm dhe efikas; b) marrjen e informacionit për sëmundjen, prognozën dhe mënyrën e trajtimit; c) njohjen në mënyrë të përshtatshme me diagnozën dhe prognozën e vërtetë e të saktë të sëmundjes; ç) zgjedhjen e mënyrës e të llojit të trajtimit mjekësor ose kundërshtimin e tyre; d) ruajtjen e konfidencialitetit për gjendjen shëndetësore; 2 dh) marrjen e vendimeve dhe dhënien e pëlqimit për trajtimin».

⁶² Ligji nr. 10 339, datë 28.10.2010, *Për aderimin e Republikës së Shqipërisë në Konventën për të Drejtat e Njeriut dhe Biomjekësinë, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë*, nr. 159, datë 03.12.2010, p. 8327.

⁶³ Art. 5, Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997.

⁶⁴ G.M. Flick, *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Osservatorio "Giordano dell'Amore", Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 15.; P. Vallini, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 70.; A. Santosuosso, *Autodeterminazione*, cit., p. 38.

⁶⁵ Art. 20, *Legge sulla salute mentale*, n. 44/2012 (Ligji për shëndetin mendor, nr. 44/2012).

generale dove vengono previsti gli obblighi da imporre al detenuto in affidamento in prova (art. 60 c.p.) e dal Codice di giustizia penale minorile⁶⁶ (art. 115, denominato *assistenza e trattamento sanitario per il minore*). In particolare, nell'art. 60 c.p. in riferimento all'obbligo di riabilitazione per i soggetti tossicodipendenti e alcool dipendenti, prevede che quest'ultimi vengono effettuati solo attraverso il consenso informato dell'interessato. Questa previsione del consenso informato è stata introdotta con la modifica del codice penale attraverso la legge n. 36/2017. Invece, nell'art. 93 c.p., è previsto il delitto dell'*interruzione della gravidanza senza il consenso della donna*, in cui l'assenza del consenso informato della persona interessata è espressamente prevista come illecito penale. Un ulteriore richiamo al diritto al consenso informato viene fatto dal *Codice di etica e deontologia medica* del 2011 e dalla *Carta albanese dei diritti del paziente* del 2010, la prima approvata dall'ordine dei medici e la seconda con un decreto del Ministero della salute.

In particolare, il *Codice di etica e deontologia medica* prevede nell'art. 25, il diritto del paziente di essere informato:

«Sulla malattia, sugli esami e sui farmaci che li vengono proposti e sui loro risultati. Il medico ha il dovere d'informare il paziente in modo sincero e comprensibile, tenendo conto in ogni caso della sua personalità e condizione psichica.

Se il paziente ha meno di 16 anni o non è in grado di comprendere le sue condizioni e il trattamento che li viene proposto, le informazioni vengono fornite al familiare che ha la tutela del minore.

Quando il medico valuta che l'informazione rischia di danneggiare le sue condizioni psichiche o la sua salute, non ha l'obbligo d'informarlo [...]. Una grave diagnosi e una prognosi fatale devono essere scoperte molto prudentemente. Tuttavia, i membri della famiglia dovrebbero essere informati e avvertiti, a parte i casi quando il paziente stesso ha precedentemente determinato le persone che potrebbero essere informate sulle sue condizioni di salute.”

Nell'art. 28 del codice è previsto il diritto al consenso informato: “è dovere di ogni medico ottenere il consenso del paziente prima di qualsiasi intervento, esame o trattamento proposto, dopo averlo informato dettagliatamente ed essere convinto che il paziente abbia capito. Quando il paziente, in grado di esprimere la sua volontà, rifiuta l'intervento

⁶⁶ Ligji nr. 37/2017, *Kodi i drejtësisë penale për të mitur*.

proposto, il medico deve accettare la volontà del paziente dopo averlo informato di tutti i rischi che possono derivare da tale rifiuto. [...] L'informazione al paziente e il suo consenso o rifiuto vano espressi per iscritto nella cartella clinica del paziente è firmata da lui, dal rappresentante legale o dal tutore»⁶⁷.

Sulla base di quanto sopra esposto, si evidenzia che l'acquisizione del consenso informato rappresenta un processo molto complesso che si basa sul rapporto di fiducia medico paziente e richiede un duplice scambio di informazioni. Da una parte, il medico deve dare al paziente tutte le informazioni necessarie relative alla diagnosi, prognosi, rischi e benefici del trattamento medico e dall'altra parte il paziente deve comunicare al medico informazioni sul suo stato clinico in modo da aiutarlo a fare una diagnosi e cura corretta⁶⁸. In tal senso, viene valorizzata la comunicazione dell'informazione al paziente, la quale deve essere chiara, appropriata, in un linguaggio semplice⁶⁹ e comprensibile e deve dare a quest'ultimo la possibilità di fare la scelta più giusta nel proprio interesse⁷⁰.

Il diritto al consenso informato è successivamente affermato nella *Carta albanese dei diritti del paziente*, approvata con decreto del Ministero della salute, n. 657 del 15 febbraio 2010, la quale riproduce fiduciosamente tutti i diritti riconosciuti dalla *Carta europea dei diritti del malato*. In particolare, nell'art. 3, della Carta sancisce il diritto del paziente di essere informato sul proprio stato di salute, servizi sanitari e le modalità del loro utilizzo, nonché su qualsiasi ricerca scientifica o innovazione tecnologica che potrebbe essere utilizzata⁷¹. Di particolare interesse è l'esplicita previsione della personalizzazione delle modalità di comunicazione delle informazioni necessarie, le quali devono tenere conto della religione, etnia e lingua del paziente⁷².

⁶⁷ Art. 28, *ibidem*.

⁶⁸ B. Çipi, *Konsenti*, cit., p. 20.

⁶⁹ Art. 28, *Codice di Etica e Deontologia medica dell'Albania*, 2011.; In tal senso Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016.; B. Çipi, *Aspekte etike dhe historike të sekretit mjekësor*, in *Buletin i urdhrit të mjekëve të Shqipërisë*, nr. 1, Janar – Prill 2012, p. 23 ss.

⁷⁰ B. Çipi, *Konsenti*, cit., p. 21.; B. Hoerni, *75 reflexion sur la médecine*, 1992, p. 207-210; M. Mano, *Etika*, cit., p. 371.

⁷¹ *Karta Shqiptare e të Drejtave të Pacientit*, miratuar nga Ministria e Shëndetësisë me Urdhër, nr. 657, 15.02.2010. Art. 3, «I servizi sanitari, così come i fornitori e i professionisti devono assicurare una informazione ritagliata sul paziente, tenendo in particolare conto le sue specificità religiose, etniche o linguistiche. I servizi sanitari hanno il dovere di rendere tutte le informazioni facilmente accessibili, rimuovendo gli ostacoli burocratici, educando i fornitori di assistenza sanitaria, preparando e distribuendo materiale informativo». In tal senso si veda Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016, par. 27.

⁷² In merito si veda P. Agalliu, *Të drejtat e pacientëve dhe roli i avokatit për mbrojtjen e tyre*, in *Revista Avokatia*, n. 30/2020, (<http://avokatia.al/>).

L'art. 4 della Carta prevede il diritto al consenso informato del paziente, garantendo il diritto di accedere a tutte le informazioni necessarie che lo aiutano a partecipare attivamente nelle decisioni relative al proprio stato di salute. Sulla base di questa previsione l'informazione rappresenta una condizione indispensabile per il trattamento medico⁷³.

Alla luce del quadro normativo sopra esposto emerge che il principio della libera autodeterminazione rappresenta uno strumento indispensabile all'interno della relazione medico – paziente con la finalità principale la tutela dell'integrità psicofisica di quest'ultimo⁷⁴. Questo principio cardine richiede una lettura combinata dei diritti esplicitamente richiamati e garantiti dalla Costituzione come il diritto alla dignità della persona⁷⁵, il diritto alla libertà personale⁷⁶, il diritto alla vita privata e familiare⁷⁷ e il diritto alla salute⁷⁸, in quanto «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo una semplice assenza di malattia o infermità». In tal senso, il principio della libera autodeterminazione deve riguardare tutti gli aspetti della dimensione terapeutica.

Al di là delle questioni generali, vale la pena menzionare anche alcuni fatti non certo irrilevanti da tenere in debita considerazione. In primo luogo, si evidenzia che una parte della dottrina albanese riconduce il rispetto del consenso informato a una regola prevalentemente etica che incide sul rapporto di fiducia creatosi tra il medico e il paziente. Altra parte della dottrina lo considera un meccanismo che se rispettato, esonera il medico dalla responsabilità civile⁷⁹ o penale nel caso in cui si verificano gli eventi dannosi sui quali il paziente è stato informato, fungendo da causa di esclusione della pericolosità sociale della condotta⁸⁰. In quest'ottica si evidenzia il rischio della trasformazione del consenso informato in un semplice adempimento burocratico difensivo del rapporto terapeutico.

Questo rischio, in particolar modo, è connesso con le modalità di prestazione del consenso

⁷³ Art. 4, *Karta Shqiptare e të Drejtave të Pacientit*, cit.

⁷⁴ In questa direzione si veda F. Brahimaj, *Konsenti*, cit., p. 5.

⁷⁵ Art. 3, Costituzione della Repubblica d'Albania.

⁷⁶ Art. 27, *ibidem*.

⁷⁷ Art. 53, *ibidem*; Si veda a tal proposito la giurisprudenza della Corte EDU *Trocellier v. France* (dec.), n. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV, par. 4; *Vo v. France* [GC], n. 53924/00, par. 89, CEDU 2004-VIII; *Codarcea v. Romania*, n. 31675/04, 2 June 2009, par. 105; e *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III; *Glass v. United Kingdom*, (Application no. 61827/00, Judgment dated 09/03/2004), par.70-83.

⁷⁸ Art. 55, *Costituzione della Repubblica dell'Albania*; Si veda anche l'interpretazione offerta dalla Corte di Fier nella decisione n. 62-2016-3455(884), del 18/07/2016 (Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016.)

⁷⁹ E. PAPAGJONI, *Përgjegjësia civile në kujdesin shëndetësor - Padia: Një ekuacion juridik në fushëbetejat gjyqësore*, in *Revista Avokatia*, n. 33/2020, (<http://avokatia.al/>).

⁸⁰ S.H. Muçi, *E drejta penale. Pjesa e pergjithshme*, Tirane, 2012, p. 206.

informato, attraverso la sottoscrizione dei c.d. *Moduli standard prestampati* da parte del paziente. Pratica questa che ha un impatto negativo sul particolare rapporto fiduciario instaurato tra il medico e il paziente⁸¹, e pertanto di fatto, incide direttamente sul venir meno della reale comunicazione paziente – sanitario che consentirebbe la normale acquisizione dell'informazione necessaria ai fini del consenso⁸². Per questo motivo, le modalità di prestazione del consenso informato attraverso i moduli prestampati sono viste con un atteggiamento fortemente critico. Non si può certo negare il rischio che comporta una simile pratica di sottoscrizione, innanzitutto nel rendere l'informazione trasmessa astratta e incompresa⁸³, in contrasto con la vera natura e il ruolo attribuito al consenso informato.

Nonostante l'ampia previsione del diritto alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche nella legislazione albanese, manca una legge che disciplini la materia in modo esaustivo e dettagliato, specie in merito alle conseguenze della violazione di questo diritto, che a quanto pare, risultano circoscritte nell'ambito della responsabilità etica o disciplinare, tranne la previsione esplicita del Codice penale. È senz'altro vero che questa omissione legislativa può dare luogo a rilevanti problemi di interpretazione del diritto alla libera autodeterminazione.

Di recente, la giurisprudenza albanese ha cominciato a trattare la questione del consenso informato e dei suoi requisiti⁸⁴, considerando la violazione di tale diritto fonte di responsabilità civile, malgrado la mancanza di una previsione esplicita nella legislazione albanese⁸⁵. In questo senso, la violazione del diritto al consenso informato, nei casi di

⁸¹ Cass., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14110 (in: www.legge-e-giustizia.it); In tal senso anche L. Bellanova, *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 163 ss.; E. Turillazzi, *In tema di consenso informato. Giacché tutto è fatto per un fine, tutto è necessariamente per il miglior fine*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, I, p. 207.

⁸² Così AA. VV., *Informazione e consenso all'atto medico. Comitato nazionale per la Bioetica*, 2 giugno 1992, a cura di D. Bordignon, cit., p. 174.

⁸³ L. Bellanova, *Il dovere*, cit., p. 168; G. Ferrano, *Informazione*, cit., pp. 417-418.

⁸⁴ Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016; Gjykata e Rrethit Gjyqësor Tiranë, Vendim nr. 6301, datë 05/06/2013.; E. Papagjoni, *Përgjegjësia civile në kujdesin shëndetësor. Padia: Një ekuacion juridik në fushëbetejat gjyqësore*, in *Revista Avokatia*, n. 33/2020 (<http://avokatia.al/>).

⁸⁵ Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016, par. 27: «Trajtimi mjekësor pa pëlqimin e pacientit për shkak të vullnetit të vesuar të tij, do t'i jepte pacientit të drejtën për të kërkuar dëmshpërblim. Ky informacion duhet të jepet paraprakisht për ta vënë pacientin në kushtet për të marrë pjesë aktive në zgjedhjet terapeutike që i përkasin gjendjes së tij shëndetësore. Informacioni duhet të jetë në përputhje me standartin mjekësor të kohës dhe përsa i përket kuptimit dhe marrjes së informacionit nga pacienti, ai duhet t'i përgjigjet standartit të "pacientit të arsyeshëm"».

mancaza totale o parziale dell'informazione, fa sorgere in capo al medico la responsabilità civile a prescindere dal rispetto delle regole dell'arte medica, e indipendentemente dalla verifica di un evento lesivo della salute o vita del paziente. A tal proposito, l'orientamento giurisprudenziale considera *danno* la violazione del diritto del paziente all'informazione, per non aver dato a quest'ultimo la possibilità di scegliere il momento in cui sottoporsi all'intervento e il tipo di trattamento⁸⁶.

Nella dottrina, prevale al momento l'orientamento che esclude la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario, ossia eseguito senza il consenso del paziente, che sia nell'interesse e beneficio della salute del paziente⁸⁷. In questo contesto, la violazione del diritto al consenso informato del trattamento terapeutico non viene considerata penalmente rilevante, in ossequio al principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, considerato che manca nel Codice penale la previsione di un simile reato, tuttavia essa è fonte di responsabilità sul piano etico, disciplinare e civile.

In questo senso, si può richiamare il caso di una paziente affetta da calcoli renali, sottoposta a un intervento chirurgico in cui uno dei suoi reni è stato rimosso perché completamente distrutto, senza informarla sulla tipologia del trattamento e senza ottenere preventivamente il suo consenso informato. Nel caso di specie, la paziente era venuta a conoscenza della mancanza del rene casualmente, attraverso un esame ecografico dell'addome. In seguito alla denuncia da parte della paziente all'ordine dei medici, il caso è stato qualificato come una semplice violazione delle regole di etica e deontologia medica, dal momento che non è stato evidenziato nessun danno alla salute⁸⁸.

Questo orientamento lo ritroviamo condiviso anche da una parte della dottrina e giurisprudenza italiana, la quale esclude la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario eseguito nel rispetto delle regole dell'arte medica (*legis artis*), seguito da un esito benefico per il paziente. In questo senso, sotto il profilo oggettivo, nel trattamento medico arbitrario seguito da esito fausto, ossia con un conseguente miglioramento complessivo dello stato di salute del paziente, è impossibile riscontrare la presenza della malattia, quale apprezzabile danno alla salute con conseguente menomazione funzionale dell'organismo,

⁸⁶ *Ibidem*, par. 31.

⁸⁷ I. Elezi, S. Kcupi e M. Haxhia, *Komentari i kodit penal të Republikës së Shqipërisë (pjesa e përgjithshme)*, West Print, Tiranë, 2009, p. 152.; A. Çela, et al., *E drejta penale e Republikës Popullore të Shqipërisë (pjesa e përgjithshme)*, Universiteti i Tiranës "Enver Hoxha", Tiranë, 1982, p. 194.; Cfr. Sh. Muçi, *E drejta penale*, cit., p. 206.

⁸⁸ B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, 16.09.2017, in sot.com.al.

richiesta dalla fattispecie penale di lesioni personali ai sensi dell'art. 582 c.p.⁸⁹ o dalla fattispecie di omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p.⁹⁰.

Invece, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, il trattamento medico – chirurgico arbitrario manca del dolo intenzionale diretto a provocare lesioni personali. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte Suprema italiana ha statuito che il trattamento caratterizzato dalla finalità terapeutica che: «comporta di conseguenza un giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente»⁹¹, eseguito nel rispetto delle regole dell'arte medica, non può essere connotato dalla presenza del dolo intenzionale, quale elemento essenziale richiesto ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali *ex art.* 582 c.p.⁹², e si trova fuori dalle fattispecie penali previste dagli artt. 584 e 610 c.p.⁹³ che prevedono rispettivamente il delitto di omicidio preterintenzionale e la violenza privata⁹⁴. Opinare diversamente, equivale ad ammettere automaticamente la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie per la sola mancanza del consenso

⁸⁹ In tal senso A. Manna, *La responsabilità*, cit., p. 611.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Così Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437: «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle legis artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento è derivato un'apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle alternative ipotizzabili, e senza che ci fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di lesione personale di cui all'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.». In tal senso si veda anche App. Bari, Sez. III, 20 settembre 2011, (in: www.giurisprudenzabarese.it).

⁹² *Ibid.*; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437: «l'attività medico – chirurgica per essere considerata legittima necessità l'acquisizione del consenso informato rilasciato dal paziente, salvo le eccezioni previste dalla legge. Non ricorre però alcuna fattispecie penale nel caso in cui il medico, pur in assenza di un valido consenso del paziente, abbia agito secondo le *lex artis* e l'intervento si sia concluso con esito benefico per la salute del paziente, da intendersi come miglioramento della patologia da cui era affetto». Nella stessa direzione anche Cass. Pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, con nota di G. Pietra, *Trattamento medico chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, I, p. 70.; Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 528, in *Studium iuris*, 2003, p. 511, con nota di Vagnoli, nella quale la Corte ha affermato: «malgrado l'assenza di un consenso informato del paziente – e sempre che non sussista un dissenso espresso dello stesso al trattamento terapeutico prospettato – deve escludersi che il medico sia penalmente responsabile delle lesioni alla vita o dell'intangibilità fisica e psichica del paziente sul quale ha operato in osservanza delle *legis artis*, poiché l'attività terapeutica essendo strumentale alla garanzia del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost., è autorizzata e disaminata dall'ordinamento ed è quindi scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco, senza che sia necessario fare riferimento alle cause di giustificazione codificate».

⁹³ Secondo Eusebi l'atto medico in assenza del consenso informato del paziente non debba considerarsi lecito solo per il fatto di essere realizzato *legis artis*, ma considerato la finalità di simile condotta, che è quella di contrastare la malattia, e quindi, di per sé non possa reputarsi rilevante ai fini del delitto di lesioni personali volontarie *ex art.* 582 c.p., qualunque sia l'esito. L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 728.

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

informato⁹⁵.

In quest'ottica, il trattamento medico terapeutico ha la finalità di favorire le condizioni di vita, di ripristinare la salute o ad attenuare i disturbi che infliggono la persona⁹⁶, di logica la condotta medica si distingue nettamente dalla condotta del malfattore intenzionata e diretta a cagionare una lesione dell'integrità psicofisica del soggetto⁹⁷.

È da evidenziare anche un altro orientamento nella dottrina italiana, il quale considera il trattamento medico – chirurgico arbitrario nell'area del penalmente rilevante, indipendentemente dall'esito, poiché la finalità terapeutica del trattamento non viene considerata idonea a scriminare la condotta medica. A parere di questa parte della dottrina⁹⁸ l'attività medico – chirurgica incide sulla sfera fisica del paziente e solamente nel caso in cui sia presente il consenso informato di quest'ultimo, la condotta medica non configura un illecito contro l'incolumità individuale. Quando, invece, il trattamento viene eseguito in presenza del consenso del paziente, indipendentemente dall'esito, l'attività medica risulta scriminata, poiché il consenso opera come causa di giustificazione rispetto alla sussistenza dell'illecito⁹⁹. Sulla base di questo orientamento dottrinale¹⁰⁰, il trattamento medico – chirurgico arbitrario, quando è presente l'elemento del dolo e la consapevolezza da parte del medico di non aver permesso al paziente di poter disporre del proprio diritto alla salute, è riconducibile al paradigma tipico del delitto di lesione personale volontaria *ex art. 582 c.p.*

In merito al trattamento medico – chirurgico non terapeutico, compreso qui l'esperimento scientifico, eseguito in assenza del consenso informato del paziente, prevale nella dottrina albanese l'orientamento che qualifica la condotta medica come rilevante penalmente, in quanto quest'ultima si pone in violazione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona¹⁰¹, configurando il delitto di lesione personale ai sensi degli artt. 88, 89 del Codice penale albanese¹⁰².

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, con nota di G. Pietra, *Trattamento*, cit., p. 75.

⁹⁶ A. Crespi, *La responsabilità*, cit., p. 6.

⁹⁷ M.N. Gribaudo, *Consenso*, cit., p. 56.

⁹⁸ L. Eusebi, *Sul mancato consenso*, cit., p. 728.; D. Rodrigues, *Ancora*, cit., p. 1153.; G. Passacantando, *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 241.

⁹⁹ M. Bilancetti, *La responsabilità*, cit., p. 272.

¹⁰⁰ Cfr. A. Manna, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 610.; M. Pellissero, *Intervento medico in assenza del consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 372 ss.

¹⁰¹ I. Elezi, *E drejta penale, pjesa e posaçme*, Tirane, 2014, p. 87.

¹⁰² *Ibidem*.

<Tale impostazione trova un punto di contatto con la dottrina e giurisprudenza¹⁰³ italiana, la quale considera il trattamento medico – chirurgico non terapeutico arbitrario idoneo a configurare il delitto di lesioni personali ai sensi dell’art. 582 c.p., sia per quanto riguarda l’elemento oggettivo che quello soggettivo¹⁰⁴. Sotto il primo profilo, la condotta medica a scopo non terapeutico, estranea al miglioramento dello stato di salute del paziente, effettuata in assenza del consenso informato dell’interessato, è idonea a cagionare una malattia del corpo e della mente. Per quanto riguarda il profilo soggettivo, ci troviamo in presenza del dolo diretto e intenzionale richiesto dal delitto di lesione personale, poiché si è in presenza dell’agire del medico con la coscienza e la consapevolezza di ledere l’integrità fisica o psichica del soggetto.

Sulle questioni di fine vita ed eutanasia¹⁰⁵, invece, risulta pacifico nell’ordinamento giuridico albanese l’illecita di simile condotta. Secondo un’autorevole dottrina, qualsiasi condotta da parte dei terzi diretta ad aiutare o provocare la morte di un soggetto, configura il delitto di omicidio volontario *ex art. 76* del Codice penale albanese¹⁰⁶. Non manca a tal proposito l’orientamento dottrinale che mette in discussione la configurabilità di tale delitto¹⁰⁷, influenzato dalla nuova filosofia del diritto alla vita, qualità della vita e dignità dell’essere umano.

Concludendo, si evidenzia che nonostante la previsione normativa, il principio della libera

¹⁰³ Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521: «risponderà di omicidio preterintenzionale [...] il medico che sottoponga il paziente a un evento (dal quale poi consegue la morte), in mancanza di alcuna finalità terapeutica, per fini estranei alla tutela della salute del paziente, come quando provochi coscientemente un’inutile mutilazione o agisca per scopi estranei alla tutela della salute del paziente (scopi scientifici o di ricerca scientifica, sperimentazione, scopi dimostrativi, didattici, o addirittura esibizionistici, scopi di pura estetica non accettati dal paziente)». Nello stesso senso anche Cass. Pen., 8 giugno 2010, n. 21799, secondo la Corte l’ipotesi dolosa e configurabile: «nei casi in cui la menomazione venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca, nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, nei casi in cui il medico proceda ad un’amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici, ecc, o altri casi marginali». In tal senso anche il Tribunale di Milano, con la decisione del 21 luglio 2000, ha ravvisato la responsabilità del medico *ex art. 582 c.p.* a fronte della somministrazione di una terapia a base di insulina a scopo antiabortivo, applicata in assenza dei protocolli accettati dalla comunità scientifica, che abbia determinato crisi ipoglicemiche e conseguenti inabilità temporanee, senza il consenso informato della paziente, sia sotto il profilo della terapia sperimentale che alla terapia in uso secondo la prassi medica diffusa.

¹⁰⁴ Sul tema si veda W. Beulke e A. Diebner, “[...] *Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l’umanità*”. *Perche la sentenza del Landergericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, I, p. 839 ss.

¹⁰⁵ A. Shegani, *Euthanasia, last life right and Albanian legislation*, in *diritto.it*, 24 novembre 2011.

¹⁰⁶ I. Elezi, *E drejta penale*, cit., p. 38.; E. Bana (Canaj), A. Tepshi e S. Veliu, *Legalising euthanasia in Albania? To Act or Not To Act: That Is the Question*, in *Polis International Scientific Journal*, n. 17/2018, pp. 51, 58.; Il divieto di accelerare o provocare la morte viene previsto anche dalla *legge sulle cure palliative*, n. 138 /2014, nell’art 4, denominato *Principi di erogazione delle cure palliative*.

¹⁰⁷ O. Naqellari, *E drejta për të vdekur me dinjitet*, in *Jeta juridike*, r. 1/2009.

autodeterminazione in campo medico, non sembra abbia trovato l'attenzione dovuta da parte della giurisprudenza e della dottrina albanese, le quali solo recentemente hanno cominciato a trattare la questione. Dall'altra parte la riconducibilità del trattamento medico eseguito in assenza del consenso informato a una semplice violazione delle regole di etica e deontologia medica può comportare dei rischi. *In primis*, si rischia di non riconoscere il ruolo fondamentale del consenso informato in quanto diretto a tutelare l'integrità psicofisica, salute, vita e dignità della persona. *In secundis*, la responsabilità etica o disciplinare del medico può risultare da sola insufficiente a orientare tutti i comportamenti medici, specie quelli radicalmente fondati su paradigmi di tipo paternalistico¹⁰⁸.

In questo contesto, nasce la necessità di un intervento del legislatore con una normativa dettagliata che riconosca la rilevanza del consenso informato all'interno del rapporto terapeutico, in modo tale da tutelare e garantire il diritto del paziente alla piena e libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche.

Abstract: Il diritto alla libera autodeterminazione del paziente nella scelta delle cure mediche raffigura un diritto fondamentale della persona e una condizione indispensabile nella relazione terapeutica, finalizzato alla tutela dell'integrità psicofisica, salute, vita e dignità dell'essere umano. Questo diritto in continua evoluzione rappresenta oggi una delle tematiche più complesse e dibattute nella dottrina e giurisprudenza italiana, specie per quanto riguarda le questioni di fine vita.

Una nuova prospettiva del diritto alla libera autodeterminazione viene offerta dalla decisione della Corte costituzionale italiana che dichiara l'incostituzionalità parziale dell'aiuto al suicidio, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi aiuta un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio. Decisione quest'ultima che sembra mettere in discussione l'orientamento secondo cui l'individuo non ha discrezionalità nel decidere di porre fine alla propria vita.

Per quanto riguarda la legislazione albanese, la libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico o di scegliere una forma alternativa di trattamento è garantita, ma essa rappresenta un argomento nuovo e poco trattato sia in dottrina che in giurisprudenza. Queste ultime hanno un approccio diverso sulla libera autodeterminazione e la conducono

¹⁰⁸ L. Forni, *Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis - *Questioni di fine vita*, p. 3.

a una regola prevalentemente etica. Solo di recente si nota nella giurisprudenza l'orientamento che valorizza l'autonomia del paziente nella scelta delle cure mediche, considerando la violazione di questo diritto fonte di responsabilità civile per il medico.

Abstract: The patient's right to free self-determination in the choice of medical treatment represents a fundamental right of the person and an indispensable condition in the therapeutic relationship, aimed at protecting the physical and psychological integrity, health, life, and dignity of the human being. This constantly evolving law represents today one of the most complex and debated issues in Italian doctrine and jurisprudence, especially regarding end-of-life issues.

A new perspective on the right to free self-determination is offered by the decision of the Italian Constitutional Court, which declares the partial unconstitutionality of assisting suicide (article 580 Italian criminal code), in the part in which it does not exclude the punishment of those who help a person who is freely and autonomously determined to commit suicide. This decision seems to cast doubt on the orientation according to which the individual has no discretion in deciding to end his life.

Regarding the Albanian legislation, the freedom to accept or refuse a specific medical treatment or to choose an alternative form of treatment is guaranteed, but it represents a new and little discussed issue both in doctrine and jurisprudence. The latter have a different approach to free self-determination and consider it a predominantly ethical rule. Only recently has been noted in the jurisprudence the orientation that values the patient's autonomy in the choice of medical treatment, considering the violation of this right source of civil liability for the doctor.

Parole chiave: libera autodeterminazione – integrità psicofisica – consenso informato – rifiuto del trattamento medico – responsabilità medica.

Key words: free self-determination – physical and psychological integrity – informed consent – refusal of medical treatment – medical liability.

LA SELEZIONE DEI MEMBRI TOGATI DEL CSM IN ASSEMBLEA COSTITUENTE.

LETTURA DELLE DISCUSSIONI IN ASSEMBLEA COSTITUENTE SULL'ART.104 DELLA COSTITUZIONE, IN PARTICOLARE SUL CONCETTO DI "ELEZIONE" DEI MEMBRI TOGATI.*

di Lucia De Micco**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Essenziale digressione sui canoni interpretativi validi per il testo costituzionale. – 3. L'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. – 4. Ulteriori osservazioni su diversi profili problematici connessi.

287

1. Premessa.

Le osservazioni che seguono si propongono di offrire una prospettiva di analisi al problema del mutamento del sistema di scelta dei componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura, avendo riguardo agli eventuali limiti posti dal testo costituzionale.

Uno dei principali ostacoli alla sostituzione del criterio elettivo *stricto sensu* con un criterio di selezione di tipo *casuale*, ovvero fondato sul meccanismo del sorteggio (puro o temperato che sia), è rinvenuto nella formulazione dell'art. 104 Cost., nel punto in cui al comma quarto recita «Gli altri componenti sono *eletti* per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alla varie categorie».

Gli spunti di riflessione offerti esprimono l'intenzione di indagare, senza condizionamenti ideologici e utilizzando il metodo dell'analisi dei lavori preparatori, quale sia stata la volontà del Costituente espressa nella indicazione del termine «*eletti*».

Tanto al fine di fornire un argomento di discussione a ciascuna delle opinioni che si stanno formando in campo sull'argomento, senza il proposito di sostenere in questa sede l'una o l'altra delle soluzioni proponibili come migliore.

Si rivendica dunque la natura speculativa e di approfondimento del contributo, elaborato seguendo criteri di approccio agli studi costituzionalistici sviluppati nel corso del passato percorso accademico.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Magistrato. Dottore di ricerca in Diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

2. Essenziale digressione sui canoni interpretativi validi per il testo costituzionale.

Per sviluppare questa premessa, non può prescindersi dalla analisi dei criteri interpretativi della legge, posti in generale, e della loro utilizzabilità in materia costituzionale.

Nel diritto italiano vigente, l'interpretazione della legge è affidata all'art. 12, comma 1, disp. legge gen., premesse al codice civile del 1942, che riproduce pressoché integralmente l'art. 3, comma 1, disp. pubbl., interpr. appl. leggi in generale, premesse al codice civile del 1865:

«Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Per quanto di nostro interesse, il problema sollevato da questa disposizione è cosa debba intendersi per *intenzione del legislatore*: sul punto le dottrine divergono, confrontandosi da un lato i sostenitori della ricerca della volontà del legislatore storico attraverso la rilettura dei lavori preparatori, dall'altro coloro i quali la configurano come “volontà oggettiva della legge”, accertabile alla luce del fine e/o del fondamento assiologico del provvedimento o, ancora, come “volontà oggettivata nella legge”¹.

Così, infatti, per Martines, la *mens* o *ratio legis* è un elemento obiettivo, e non va riferita alla volontà di coloro che hanno formulato il testo, così come risulta espressa nel corso del suo procedimento di formazione, e quindi desunta dai lavori preparatori, dal titolo, o dalla motivazione esplicita².

In virtù della considerazione dell'*intentio legislatoris*, il bagaglio metodologico dei giuristi si vede arricchito dell'interpretazione correttiva, grazie alla quale l'interprete, rilevata una discrepanza tra il testo delle leggi e la volontà del legislatore, rimedia all'inadeguatezza

¹ Così ricostruisce M. Bessone, *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 31. Quanto al rapporto che intercorre tra i due distinti metodi interpretativi -significato proprio delle parole e intenzione del legislatore – che prescrive l'art. 12, comma 1, disp. prel. c.c., si veda R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 396 ss.; e inoltre V. Villa, *L'intenzione del legislatore nell'art. 12 disp. prel.*, in F. Viola, V. Villa e V. Urso (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, Celup, 1974, p. 125 ss.

² T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 91.

dell'interpretazione letterale, sostituendola con un precetto il cui ambito di applicazione è, alternativamente, più ampio (*lex minus dixit quam voluit*) o più ristretto (*lex magis dixit quam voluit*), e rappresenta un'interpretazione estensiva, oppure restrittiva, di una disposizione³.

A voler meglio precisare, l'impostazione che la nostra letteratura giuridica ha preferito avallare è quella che ha letto nell'espressione *intenzione del legislatore* il richiamo all'interpretazione sistematica, scegliendo tra le due accezioni di senso plausibili – soggettiva ed oggettiva mirante alla *ratio legis* – quest'ultima, poi trasformata in *ratio iuris*. La formula legislativa, una volta approvata, e quindi la norma da essa desumibile, vivono di vita propria, per cui la *mens legis* si obiettivizza e va riferita alla norma in quanto immessa nel sistema⁴.

Per questi Autori, i lavori preparatori e gli altri elementi subiettivi succitati possono tutt'al più aiutare ad individuare la norma, convalidando *a posteriori* l'interpretazione del testo. Sennonché, è stato fatto notare⁵, che l'idea che *l'intenzione del legislatore* debba intendersi come interpretazione sistematica, oltre che a contraddire il testo dell'art. 12 disp. prel., non si concilia del tutto con le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza che più volte ha valorizzato i lavori preparatori nella rilettura di certi passi della Costituzione.

D'altronde se pure ciò fosse vero, dovrebbe fare i conti con la considerazione che l'interpretazione sistematica stessa è stata ridisegnata dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, dato che a partire da quel momento la coerenza dell'ordinamento deve essere ormai cercata sul piano costituzionale.

Per di più, le operazioni ermeneutiche che sottostanno ai giudizi di ragionevolezza o ai bilanciamenti di principi ad opera della Corte Costituzionale sono ben lontani dall'essere inquadrati tra i canoni interpretativi prestabiliti dalla stessa giurisprudenza costituzionale o dal Parlamento.

Più radicale quella dottrina, di cui è autorevole esponente il Betti, che critica fortemente il cd. dogma della volontà legislativa, ascrivendola a null'altro che un pregiudizio psicologico, negandole un qualsiasi fondamento nella formula dell'art. 12 disp. prel., in quanto *l'intenzione del legislatore* è da intendersi come scopo pratico che la legge si

³ Sempre M. Bessone, op. cit., p. 27.

⁴ T. Martines, op. cit.

⁵ L. Paladin, *Fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 107.

propone di conseguire. Di qui il rifiuto di riconoscere alcun valore alle opinioni individuali espresse nei lavori preparatori, se non un valore euristico, riconoscibile come ad un qualsiasi altro precedente storico⁶. Diversamente, già nel 1958, Molteni giudicava *luogo comune* l'indifferenza dell'interprete giuridico alla c.d. legge del legislatore, in quanto, contro la teoria normativa del diritto, che sostiene lo sganciamento della legge dal suo autore nello stesso momento della sua nascita, la formula legislativa è un nulla se la si considera avulsa e strappata dall'*humus umano* in cui sorse ed è destinata ad operare.

La difficoltà dell'interpretazione poi, ed in ciò si evidenzia tutta la distanza dalle posizioni del Betti, non è ricavare dalle premesse generali la conseguenza, bensì nel trovare quelle stesse premesse, che costituiscono, quelle sì, la *ratio* della norma. Quando però le norme non hanno un'intrinseca forza di oggettivazione, perché caratterizzate da un'imprevedibile proiezione nel tempo e dalla possibilità di adeguarsi a tutta una serie di situazioni diverse, i lavori preparatori avranno tutt'al più valore di *preistoria*, meri antecedenti storici, in quanto la sfera di applicazione di tali norme non può essere previamente determinata⁷.

Accettare questa ricostruzione porterebbe inevitabilmente a negare valore interpretativo ai lavori preparatori rispetto alla Carta Costituzionale: essa ha un'imprevedibile proiezione nel tempo, in quanto fissa le regole del gioco *allora per ora*, con la conseguenza che all'interprete si chiede di mantenere il più possibile stabile l'interpretazione, in quanto il testo esprime l'accordo fondativo di strutturazione dell'ordinamento⁸.

E veniamo dunque al punto centrale del discorso, relativo al se e fino a che punto i canoni interpretativi propri delle leggi in generale siano applicabili anche al testo costituzionale, che presenta delle indubbie particolarità, non foss'altro per la carica di politicità di cui le sue disposizioni sono portatrici, dato che esse valgono ad esprimere i valori e i fini politici

⁶ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 261 ss., in G. Crifò (a cura di), *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, vol. II, pag. 808. L'A. chiarisce: "Né il giurista interprete né lo stesso giudice decidente debbono mai, neppure lontanamente, pensare a 'identificarsi' con un mitico legislatore. Essi non hanno che un compito ricognitivo e una posizione di astratta subordinazione alla legge". *Contra*, G. Leone, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1958, p. 493, secondo il quale denigrare il valore dell'intenzione del legislatore significa criticizzare il rapporto tra giudiziario e legislativo, con una dilatazione della funzione giurisdizionale in danno della funzione legislativa.

⁷ F. Molteni, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 379 ss. L'A. infatti rivaluta il ruolo dei lavori preparatori soltanto con riferimento a norme dal contenuto specifico, che mirino alla tutela di interessi specifici e concreti, e la cui efficacia nel tempo sia preventivamente determinata e circoscritta.

⁸ M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni preliminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 48.

ritenuti fondamentali dalla comunità che si è organizzata in Stato. Inoltre, a differenza delle altre leggi, la Costituzione si indirizza all'intero corpo sociale, nelle sue varie organizzazioni e strutture organizzative.

Ciò vale a spiegare come l'interpretazione della Costituzione possa essere, e di fatto sia, influenzata da fattori *politici*, dal modo cioè in cui l'interprete opera il raffronto tra i fini ed i valori che egli trae dalle disposizioni costituzionali e la realtà nella quale opera⁹. Partendo dall'applicabilità dell'art. 12 disp. prel. anche all'interpretazione costituzionale, ci si dovrebbe interrogare sulla portata dell'espressione *intenzione del legislatore* rispetto alla Costituzione: come può in questo caso intendersi come interpretazione sistematica?

Come, se la stessa Corte più volte nell'interpretazione della Carta Costituzionale, sfugge dai canoni ermeneutici fissi, avvalendosi del bilanciamento dei valori? Non farà forse questo perché è essa stessa incapace di ritrovare nel *corpus constitutionis* il sistema, che porti a coerenza tutte le spinte sottese al testo costituzionale?

Talvolta poi, per interpretare il parametro o l'oggetto del giudizio di legittimità, la Corte ricorre all'argomento originalista (o psicologico, o ricorso alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, del legislatore in concreto ovvero del legislatore storico), al più *ad adiuvandum*, per rafforzare interpretazioni cui la Corte perviene attraverso altri criteri, accreditando interpretazioni conformi alla volontà degli autori della legge e screditando interpretazioni che manifestamente vanno contro quella volontà.

È stato evidenziato in recenti studi l'uso dell'argomento *originalista* nelle sentenze della Corte Costituzionale in materia di diritti fondamentali, ed è questa ricerca ad aprire al presente studio propizi canali di riflessione¹⁰.

Prendendo le mosse dalla considerazione che da quando la legge non è più espressione della volontà di uno solo la consultazione dei lavori preparatori dell'assemblea legislativa risulta essenziale per risalire alla volontà di cui il documento di legge è espressione, vengono esaminate le ragioni delle resistenze che si registrano nell'uso dell'argomento *originalista*, riassunte nel timore che il suo uso sia elemento di fissità, immobilità e rigida storicizzazione, vevoli ad impedire l'evoluzione del testo legislativo.

⁹ T. Martines, op. cit., p. 96.

¹⁰ C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di diritto e storia costituzionale*, 2007. Sul tema anche F. Giuffrè e I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

Da qui le osservazioni che mirano a capovolgere questa visione: oltre all'ipotesi di un *legislatore lungimirante* che detti una disciplina precorritrice dei tempi, basterebbe mettere in risalto i casi in cui è la stessa Corte ad utilizzare l'argomento psicologico (o del legislatore storico) non in via esclusiva, promuovendo un ancoraggio rigido ad un tempo che non è più, ma piuttosto per suffragare interpretazioni che rimandano al *vero spirito della norma*, agli *intenti originari o ispiratori*.

Inevitabilmente infatti riemergono nel momento interpretativo le idee contrapposte che la scrittura in comune della Carta Costituzionale ha accompagnato al punto di compromesso, fino ad assurgere ad importanza autonoma nell'interpretazione di alcune scelte che i lavori preparatori consegnano all'attenzione dei futuri commentatori.

Infatti, una cosa sono i lavori preparatori della legge, altra i lavori preparatori della Costituzione.

Ciò è a dirsi per il fatto che solo la seconda contiene regole che aspirano all'*eternità ordinamentale*, in quanto, sebbene anche la legge sia pensata per durare, solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate dalla Costituzione, dureranno. Questo comporta che mentre per tutti gli interpreti il testo è un significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama maggiore stabilità interpretativa e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* del legislatore storico¹¹.

Dall'indagine ricognitiva sulle sentenze costituzionali che utilizzino l'argomento *originalista* emerge che più spesso il ricorso alla volontà espressa dall'Assemblea costituente è impiegato in negativo: ovvero per circoscriverne il campo d'azione, in modo da lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore ordinario, per intervenire sul terreno che esorbita dal perimetro che l'argomento *originalista* è servito ad individuare.

Dunque, un argomento ancillare alla discrezionalità del legislatore, piuttosto che ostacolo alla modernizzazione e all'evoluzione della Carta costituzionale¹². La storicizzazione risulta piuttosto rivolta ai tempi attuali, attraverso una normazione ordinaria che ritrova le

¹¹ M. Luciani, op.cit., p. 48.

¹² Interessante contributo allo studio delle tecniche interpretative utilizzate dalla Corte costituzionale nelle sue sentenze è costituito dal lavoro di I. Massa Pinto e C. Tripodina (a cura di), *Sul come per la Corte costituzionale «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero *tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionale*, www.dircost.unito.it, ora con il titolo *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. pubbl.*, n. 1-2/2010, p. 471 ss.

sue potenzialità proprio nella conferma della finitudine della Costituzione, che ha un testo che vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che *mai* furono nella mente dei Costituenti¹³.

Sorge spontanea la domanda: e se invece quei casi furono *una volta, o forse più* nella mente – e dunque nelle dichiarazioni in Assemblea – dei Costituenti?

Può in quel caso darsi una lettura espansiva alle disposizioni costituzionali, attraverso un'interpretazione costituzionalista che non restringa, ma piuttosto includa quanto i membri dell'Assemblea non hanno avuto poi la determinazione di confermare?

A rigore dovrebbe risponderci di no, essendosi sostenuto che per l'interpretazione costituzionale la conclusione non può portare alla prevalenza dello spirito della legge sulla lettera¹⁴, in quanto è attraverso il testo che il costituente storico ha manifestato la propria volontà ordinante del futuro e, sebbene l'intenzione del costituente storico debba essere attualizzata secondo una lettura adeguata al tempo del testo, è proprio il testo che esprime il *patto fondamentale* che deve guidare l'interprete. Elementi diversi dal testo possono servire ad accertare la sostanza di quel patto, ma il testo, in quanto pensato per durare *aere perennius* esige dall'interprete di essere sondato e rispettato in tutte le sue virtualità di significato¹⁵.

Se è vero dunque che lo studio della lettera della legge e dell'intenzione del legislatore deve servire ad indicare l'eventuale dichiarata esclusione di altre soluzioni, perché “è evidente che se risulta chiaro che il legislatore non volle adottare un certo regolamento questo, per essere stato esplicitamente escluso, non possa rivivere in sede interpretativa”¹⁶, è vero anche che la premessa di tale assunto è che il legislatore costituente abbia espresso con chiarezza la sua preferenza per l'utilizzo dell'una o dell'altra parola, con la portata

¹³ Come richiamato nell'opera cui si sta facendo riferimento, R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2006, p. 743 ss.

¹⁴ “Il testo stampato, nel suo rapporto con la vera espressione, è da considerarsi solamente come la lettera della lettera, dunque esso è anche inferiore a quella, e non dovrà per conseguenza sfuggire a quella stessa correzione”. Così F.K.V. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it. di V. Scialoja, Torino, UTET, 1886–1898, pag. 216. La stessa Corte costituzionale ha dimostrato di accogliere questa impostazione, quando, nella sentenza n. 47 del 1991 relativa alla sottoponibilità delle leggi elettorali a referendum abrogativo, esclude che esse ne siano sottratte sottolineando che l'originaria intenzione della Costituente, che voleva inserire le leggi stesse nel quadro dei limiti indicati nel secondo comma dell'art. 75 Cost., non si è tradotta in una espressa formulazione costituzionale; e non è dato alla Corte *riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale, quale sancito nella votazione finale del 27 dicembre 1947*. Sul punto si sofferma L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 285.

¹⁵ M. Luciani, op. cit. p. 49.

¹⁶ G. Leone, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, cit., p. 502.

significante che nel tempo ad essa è stata associata.

È dunque di peso essenziale comprendere quale sia stato il percorso argomentativo dei componenti l'Assemblea nell'individuare il termine utilizzato per descrivere il criterio di selezione dei membri togati del CSM.

3. L'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente.

La lettura degli atti ufficiali delle discussioni maturate in seno all'Assemblea costituente¹⁷ rappresenta un efficace strumento di apprezzamento delle argomentazioni alla base di assunti che oggi percepiamo quasi come diritto naturale più che positivo, dotato di assoluta incontrovertibilità.

Risulta infatti di estremo interesse verificare, con riguardo anche al solo art. 104 Cost., come ogni elemento dell'attuale assetto costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura sia stato oggetto di un fervente dibattito che vedeva in campo opinioni fortemente divergenti.

Ancora fino alla discussione del 7 novembre 1947, ad esempio, si è dibattuto sulla opportunità che fosse il Presidente della Repubblica a presiedere l'organo di autogoverno della magistratura, evidenziando più voci che egli fosse legato al Parlamento ed espressione di uno dei partiti che ne compongono la struttura; o ancora oggetto di lungo dibattito è stata la necessità di una composizione mista del Consiglio (Calamandrei ad esempio si espresse in favore di un Csm tutto composto da magistrati).

Quanto al punto di nostro peculiare interesse, è essenziale rilevare che il testo elaborato dalla Commissione per la Costituzione, su cui si apriranno le discussioni in Assemblea costituente il 4 marzo 1947, fu il seguente (l'articolo è riportato con la numerazione originaria 97):

Art. 97.

«La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, presieduto dal Presidente della Repubblica, è composto del Primo Presidente della Corte di cassazione, vicepresidente, di un altro

¹⁷ Di facile consultazione online sul sito www.nascitacostituzione.it e comunque rinvenibili sul sito della Camera dei Deputati, www.archivio.camera.it.

vicepresidente nominato dall'Assemblea Nazionale e di membri *designati* per sette anni, metà da tutti i magistrati fra gli appartenenti alle diverse categorie, metà dall'Assemblea Nazionale fuori del proprio seno. Gli eletti dall'Assemblea Nazionale iscritti negli albi forensi non possono esercitare la professione finché fanno parte del Consiglio.

Le assunzioni, le promozioni, le assegnazioni ed i trasferimenti di sede e di funzioni, i provvedimenti disciplinari ed in genere il governo della Magistratura ordinaria sono di competenza del Consiglio Superiore secondo le norme dell'ordinamento giudiziario.

Il Ministro della giustizia promuove l'azione disciplinare contro i magistrati, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario».

Risulta di lampante osservazione che il termine utilizzato per la selezione dei membri togati fosse «*designati*».

Lo stesso Presidente della Commissione Ruini, nella sua relazione al progetto del 6 febbraio 1947 si espresse riportando proprio quella specifica parola:

«Il progetto non si spinge ad una forma piena di autogoverno, che non potrebbe mai essere chiuso, corporativo; e non si addirebbe ad un corpo formato mediante concorsi, senza attingere alle fonti della designazione popolare. La Magistratura ha fatto, ad ogni modo, una grande conquista; ed è notevole la riforma adottata, che dà piena garanzia per le nomine, per l'inaffidabilità, per l'assoluta autonomia dei Giudici di fronte al potere esecutivo. All'organo di 'governo della Magistratura' che si crea nel suo Consiglio Superiore, partecipano, oltre ai membri *designati* direttamente dai magistrati, altri scelti dal Parlamento, per riallacciarsi così alla fonte popolare».

Leggendo anzitutto gli atti della Commissione infatti emerge come nelle diverse sedute si alternino i termini «*designati*» e «*nominati*», e a tratti se ne proponga la sostituzione con «*eletti*», senza che mai sia omesso di evidenziare le implicazioni di tale scambio, in termini di ricadute elettorali.

La seduta dell'8 gennaio si chiude con la formulazione proposta dagli onorevoli Cappi e Uberti, che recitava:

«La nomina, per pubblico concorso, dei magistrati, le promozioni, i trasferimenti ed in genere il governo della Magistratura, sono affidati al Consiglio Superiore della Magistratura composto di membri *nominati* per metà dai magistrati stessi, per metà dall'Assemblea nazionale, presieduto dal Ministro della giustizia».

Il giorno successivo, il 9 gennaio 1947, saranno Leone e Laconi a rilanciare sulla parola

«*eletti*», proposta cui Uberti ribatte evidenziando che dovrà dunque farsi una legge elettorale per stabilire il metodo di elezione.

Il Presidente Conti dunque pone ai voti la seguente formulazione, concordata fra gli onorevoli Cappi-Uberti e Targetti:

«Il Consiglio Superiore della Magistratura è composto di membri *eletti* per metà da tutti i magistrati e scelti fra le loro diverse categorie stabilite dalla legge e per metà dall'Assemblea nazionale».

Castiglia, Relatore, dichiara di votare contro, partendo dal principio che il Consiglio Superiore dovrebbe essere composto soltanto ed esclusivamente di magistrati.

Il Presidente Conti e Calamandrei si associano all'onorevole Castiglia.

Nonostante i voti contrari di Castiglia, Conti e Calamandrei, la formulazione è approvata. Come visto *in incipit* però non sarà questa la formulazione presentata nel Progetto offerto ai lavori della Assemblea, in quanto la versione proposta e anzi riportata è quella invece partorita dal Comitato di Redazione.

Ed è l'articolo così formulato ad essere proposto in Assemblea, ove in seno alla discussione del 25 novembre 1947 si dà lettura delle diverse versioni proposte in sede di emendamenti per la formulazione dell'art. 104 Cost.

In quella sede è di immediata verifica quanto le parole «*eletti*» e «*designati*» ancora si alternino tra le differenti versioni, senza che sia stata data sino ad allora alcuna particolare coloritura di sostanza alla scelta dell'una o dell'altra, impegnati come erano i Costituenti a discorrere della natura di organo a composizione pura o mista del Consiglio, ovvero alla individuazione di chi dovesse esserne il Presidente o il vicepresidente.

Quel giorno, ancora in sede di votazione finale, l'articolo è proposto nella sua versione recante la parola «*designati*».

Solo a quel punto la presentazione di un emendamento da parte dell'onorevole Condorelli, che in seguito si riporterà integralmente, getta luce sulla diversa significanza delle due parole, aprendo un fronte sul quale si pone da una parte l'onorevole Scalfaro, che chiede che la parola «*designati*» sia sostituita con «*eletti*», sostenuto anche dal componente Persico, e dall'altra Condorelli, che in virtù delle sue precedenti osservazioni, chiede che il termine utilizzato sia «*designati*».

Il Presidente Terracini, dopo la proposta di emendamento di Scalfaro, si esprime in questi seguenti termini (testuale):

«Si tratta ora di determinare il modo con il quale i due terzi di magistrati e il terzo degli altri membri debbano essere eletti o designati. Tutti gli emendamenti ed anche il testo della Commissione impiegano il termine ‘*designati*’. Io chiedo, sia alla Commissione, che ai presentatori dei vari emendamenti, se intendano procedere a questa sostituzione».

A questo punto l'onorevole Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, propone persino un terzo termine: «*nominati*» perché, e cito testualmente, «*nominati* è più vasto di *designati* e comprende l'elezione senza accentuare il colorito elettorale».

Alla introduzione di questo terzo termine, il Presidente Terracini preferisce sorvolare sulla definizione finale della parola scelta, tanto da indicare di adoperare la parola ‘*eletti*’, «salvo nella redazione finale vedere quello che è più opportuno» (testuale).

Si prosegue testualmente riportando le parole di Terracini:

«Per la scelta dei due terzi dei membri del Consiglio Superiore, che devono essere magistrati, vi è la proposta della Commissione, che è poi quella di tutti gli emendamenti, a tenore della quale *si deve procedere ad una elezione, salvo poi a vederne le modalità*; dall'altra parte v'è la proposta dell'onorevole Condorelli, che propone che i magistrati non siano eletti, ma siano invece *designati* direttamente dalla legge, in base ad anzianità di carriera e con criteri di distribuzione territoriale per categoria. Tengano dunque presente che si tratta della contrapposizione di due mezzi: l'elezione da una parte, dall'altra parte invece una indicazione fatta dalla legge».

È importante a questo punto sottolineare che la proposta della Commissione di procedere alla selezione dei membri togati *per elezione* non risulta avere in sé il connotato elettorale che *ex se* si vuole attribuire oggi alla parola *elezione*, in quanto, quando Terracini dice «salvo poi a vederne le modalità» valorizza quella notazione dello stesso Ruini, Presidente della Commissione (che ha partorito l'idea della necessità che si proceda ad elezione) quando propone la parola «*nominati*», più idonea perché comprende l'*elezione* senza accentuare il colorito elettorale.

È dunque chiaro che anche nella mente dei componenti della Commissione, presieduta da Ruini, la parola *eletti* non aveva in sé quella connotazione elettorale che oggi le si è ascritto. Essa significava per lo più *scelti*, tanto da esserne proposta la sostituzione con la parola *designati* al fine di purificarla dal colorito elettorale.

Emerge poi dalle stesse parole di Ruini una certa leggerezza nella soluzione da adottare, quando completa il suo discorso dicendo «ma se volete, va bene anche *eletti*, che è, se ben

ricordo, la parola adoperata nella legge attuale sul Consiglio della Magistratura».

E tanto sebbene sia stato lo stesso Ruini ad indicare che la proposta dell'onorevole Condorelli di immaginare un sistema di designazione *ope legis* non incontri il consenso della Commissione in quanto «l'emendamento Condorelli si scosta per il suo spirito dal testo di prima e di ora. Esso pone una esigenza che l'Assemblea certamente apprezza: di togliere a queste nomine interne della Magistratura il carattere elettorale. Farebbero parte del Consiglio Superiore della Magistratura magistrati *designati*, senza elezione, per loro stesso ufficio. Di fronte al vantaggio di eliminare l'elettoralismo vi sono inconvenienti: il criterio dell'anzianità — ad esempio per i consiglieri di Cassazione, per quelli di Corte d'appello, pei giudici, designati appunto per anzianità, come vorrebbe l'onorevole Condorelli — non darebbe sempre i più adatti e capaci ad adempiere i compiti del Consiglio Superiore. Il Comitato a maggioranza, non ha creduto di seguire la proposta Condorelli».

E sono queste ultime parole a lasciare un senso di confusione nel lettore, in quanto in verità il Comitato aveva presentato un Progetto recante la parola *designati*.

Ciononostante, ammesso che secondo la Commissione il sistema non possa essere quello della designazione *ope legis*, è chiaro come l'Assemblea apprezzi l'esigenza di togliere alle nomine interne alla Magistratura il carattere elettorale.

Risulta dunque evidente dalla lettura combinata degli interventi che in queste discussioni la parola «eletti» non sta per «scelti con un sistema elettorale», sottintendendo dunque la necessità di una campagna di promozione della candidatura e la valorizzazione di un meccanismo di stretta rappresentatività, quale oggi da più parti si vorrebbe assegnare al termine usato in Costituzione.

E anzi, la connotazione elettoralistica del sistema di scelta era considerata rischiosa per le conseguenze condizionanti che essa avrebbe determinato all'interno del corpo della magistratura, tanto da apprezzare l'Assemblea l'esigenza di togliere a queste nomine interne il carattere elettorale.

Sembra piuttosto che il peso che al termine «eletti» è assegnato nei dibattiti sulle modifiche del sistema di scelta dei membri togati sia sfuggito alla proiezione lungimirante dei Costituenti, e che la proposta di una designazione *ope legis* non abbia convinto solo in quanto l'automatismo privo di alcun meccanismo di selezione volontaria non avrebbe garantito la indicazione di magistrati adatti a svolgere il compito di componenti del Consiglio. Ma tanto senza voler in alcun modo valorizzare la connotazione elettoralistica

del termine «eletti», anzi. Sembra piuttosto che alla mancanza di proiezioni su un possibile sistema alternativo a quello della designazione *ope legis* si sia preferito un termine considerato erroneamente neutro.

Un termine privo di quell'insidia che invece certamente non era sfuggita all'onorevole Condorelli, il quale con il suo emendamento propone di privilegiare la parola «designati», capace a suo parere di arginare le derive elettoralistiche del metodo di selezione, di cui la parola «eletti» invece soffre le insidie.

Eppure fu quella la parola preferita nella versione finale dell'articolo, sulle cui implicazioni si sorvolò, demandando a una successiva legge ordinaria di contenuto elettorale l'onere di affrontarle.

Si riporta integralmente l'intervento di Condorelli, formulato in data 25 novembre 1947:

«Noi ci siamo molto preoccupati, come era giusto, di assicurare la *indipendenza costituzionale* dell'ordine giudiziario.

Credo che *non* ci siamo preoccupati altrettanto di assicurare *l'indipendenza istituzionale o interna* dell'ordine giudiziario e dei magistrati.

E difatti, io ritengo che *l'elettoralismo*, così largamente introdotto fra i magistrati, sia veramente un *pericolo per l'indipendenza dei magistrati medesimi*, perché non è difficile prevedere che questa necessità di riunirsi in corpo elettorale assai di sovente per eleggere i rappresentanti presso il Consiglio superiore, verrà a stabilire delle *interdipendenze fra i magistrati*, fra coloro che chiedono i voti e coloro che li danno, il che tante volte si traduce in *do ut des*.

E la cosa è molto più grave quando si tratta di selezione a funzione che si riferisce esclusivamente alle persone, cioè a trasferimenti, a promozioni, a scrutini, e via di seguito. Noi qualche esperienza in materia l'abbiamo già fatta. L'elettoralismo è molto diffuso nelle Università. Lungi da me, professore universitario, chiedere una riforma che diminuisca l'autonomia accademica; ma indubbiamente degli inconvenienti si verificano. Nella formazione delle Commissioni esaminatrici di concorso, per esempio, anzi attraverso la formazione di queste Commissioni, si determinano delle interdipendenze, dei conglomerati, dei patti di tendenza o di scuola, che non sono sempre produttori alla serenità dei giudizi. E credo che i magistrati stessi abbiano fatto una non lieta esperienza di questo elettoralismo nelle recenti elezioni del Consiglio Superiore della Magistratura. Cominciano a correre le lettere, le raccomandazioni, le promesse, le assicurazioni, che

indubbiamente vengono a creare una stratificazione gerarchica fra gli eletti, i grandi elettori, i piccoli elettori ed i singoli elettori.

Io credo che noi proprio renderemmo un servizio alla Magistratura se la liberassimo da questo elettoralismo, che, fra le altre cose, non è strettamente necessario».

A questo punto l'on. Condorelli opera un distinguo sulle elezioni di organi che esprimono un indirizzo politico e quelle relative a un organo che opera scelte tecniche e amministrative:

«Noi abbiamo sempre dinanzi agli occhi lo schema dello Stato democratico che si deve reggere sulle elezioni, in quanto le elezioni da un lato sono dichiarazione di volontà delle direttive dello Stato, della politica, ed è logico che si ricorra al popolo perché indichi dove vuole andare: e sono dall'altro scelta di persone.

Ma queste stesse esigenze, evidentemente, non ci sono quando la scelta è per funzioni che sono esclusivamente tecniche e amministrative, sulle quali i criteri e gli orientamenti politici non c'entrano o, per lo meno, non ci dovrebbero entrare; e quando poi il corpo elettorale è talmente scelto, che si deve supporre che ognuno dei componenti del corpo elettorale sia idoneo.

Ed allora perché non ricorrere ad un sistema di designazione fissa attraverso la legge, che assicurerebbe, secondo me, molto più la indipendenza istituzionale della Magistratura e quella indipendenza psicologica della quale noi ci dobbiamo veramente preoccupare? Noi dovremmo creare un congegno puramente legale per la designazione del Consiglio Superiore.

Io proporrei *che i membri del Consiglio Superiore fossero designati dalla legge con criteri di anzianità*, tenendo conto anche di una distribuzione per territorio e per categorie, se si vuole introdurre anche il criterio della categoria, come è nel testo del progetto e come si prevede in parecchi emendamenti.

Se si dicesse, per esempio: sono eletti i tre più anziani primi presidenti delle tre parti d'Italia: Italia settentrionale, Italia centrale e Italia meridionale; i tre più anziani presidenti di tribunale di queste stesse circoscrizioni; i tre più anziani primi pretori, noi avremmo il duplice effetto di *liberare la Magistratura dal grave pericolo dell'elettoralismo* — che sarebbe un elettoralismo meramente personalistico, non determinato da ragioni politiche né di scuola, come avviene nel campo universitario — e si avrebbe l'altro effetto di scegliere persone che sono certamente capaci della funzione. Perché, indubbiamente, *un magistrato*

esercita una funzione molto più alta quando decide degli averi e della libertà dei cittadini e comunque quando interpreta ed applica la legge, anziché quando decide di trasferimenti o della formazione di commissioni o di provvedimenti disciplinari.

Io perciò ho pensato, dopo lunghe riflessioni e dopo aver ascoltato molti magistrati, di cui molti anche componenti di questa Assemblea, di proporre questo sistema che ritengo atto a proteggere veramente l'indipendenza dei singoli magistrati».

L'intervento si riporta sino a questo punto, in quanto prosegue poi sulla problematica affrontata in Costituente della necessaria cancellazione dall'albo degli avvocati componenti il Consiglio.

4. Ulteriori osservazioni su diversi profili problematici connessi.

Ebbene, l'intervento dell'onorevole Condorelli, acquisito come dato storico scevro da valutazioni di natura politica e pur considerato alla luce dell'insuccesso delle sue proposte in sede di Costituente, serve anzitutto a compiere *a contrario* l'analisi interpretativa che si è tratteggiata, ma fornisce anche spunto di partenza per l'approfondimento di ulteriori aspetti problematici sottesi alla questione che ci occupa.

Anzitutto può essere utile osservare che il sistema del sorteggio è sì diventato il metodo per la selezione dei componenti delle commissioni universitarie di concorso. Proprio quella riforma, *che diminuisce l'autonomia accademica* e che l'oratore non si augura, istituirà il sorteggio quale metodo prevalente nella selezione dei componenti delle commissioni in ambito accademico. Già prima della l. n. 240/2010 – a mente della quale si prevede l'impiego del sorteggio per formare le Commissioni deputate ad esprimere una valutazione ai fini dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario, di prima e seconda fascia – con le leggi del 1966, 1973 e del 1979 il meccanismo del sorteggio era inserito in forma pura o mista per selezionare membri degli organi di valutazione.

Ciò ad evidenza che il problema delle interrelazioni interne, che una procedura elettorale di selezione dei membri di organi giudicanti favorisce, si è posto anche in altri ambiti; e che anche in altri contesti si è tentato di dare una soluzione con la epurazione della connotazione elettoralistica dei sistemi di scelta.

Tanto a voler dare conto di un dato storico e non invece a voler significare l'efficienza di

quel sistema, criticato per i suoi scarsi effetti anche all'interno del mondo accademico e ritenuto anche un precedente non calzante rispetto al problema che si affronta in Magistratura¹⁸.

D'altronde val la pena anche di ricordare che l'inserimento del meccanismo di sorteggio nell'*iter* elettivo del C.S.M. è stato già effettuato con la l. n. 74/1990, che prevedeva infatti un collegio unico per la elezione dei giudici di legittimità e quattro collegi circoscrizionali, formati attraverso l'unione tra diversi distretti di Corte d'appello *sorteggiati* quattro mesi prima della votazione.

Era chiaro anche in quel caso che la logica sottesa fosse quella di limitare il peso delle correnti, in risposta alla legge proporzionale n. 695/1975 che, prevedendo un sistema proporzionale a liste concorrenti, aveva valorizzato il carattere rappresentativo del Consiglio¹⁹.

Ma basti pensare come anche la l. n. 44/2002, attualmente vigente, si ponesse lo stesso obiettivo, per comprendere quanto soltanto in fase di applicazione di una legge elettorale possa valutarsi quali ne siano le reali ripercussioni sul sistema e quanto gli scopi prefissi siano effettivamente raggiungibili con gli strumenti in teoria ideati.

La ampiezza dei tre collegi nazionali infatti, lungi dal depotenziare la forza di sostegno delle aggregazioni interne alla magistratura, ne ha determinato un rinvigorimento, vista la incapacità dei singoli candidati di poter spendersi in una campagna elettorale a livello nazionale.

Tutti i tentativi di riforma del sistema di composizione del C.S.M. in effetti si sviluppano anche intorno alla percezione dell'istituto della rappresentatività dell'organo, altro punto toccato dall'intervento di Condorelli, quando partendo dal concetto di elezione nel sistema democratico si connette al problema della sua natura politica.

Il discorso insomma si concentra sulle due opzioni: un C.S.M. inteso come organo di alta amministrazione, cui sia assegnata una funzione strettamente collegata alle sue attribuzioni; ovvero un Consiglio organo che esercita, seppur solo nell'ambito della propria competenza, anche funzioni di indirizzo o comunque funzioni *politiche*, che implicino

¹⁸ ROMBOLIR., *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Questione Giustizia*, in cui l'A. lucidamente afferma che un vero parallelo potrebbe farsi soltanto se ad essere sorteggiati fossero i rettori delle Università o i direttori di dipartimento. Sul tema anche DAL CANTO F., *Le prospettive di riforma elettorale del Csm*, in www.gruppodipisa.it/rivista.

¹⁹ Compie una efficace ricostruzione del quadro normativo in materia di sorteggio come metodo decisionale, MANDATO M., *Il sorteggio come metodo di decisione. Principi e fattispecie*, in *Nomos*, 3, 2019.

anche scelte di carattere discrezionale.

A tal proposito vi è chi in dottrina collega la evoluzione della funzione attribuita al C.S.M. con la mutata percezione del giudice nell'ordinamento costituzionale, da mero applicatore della volontà del legislatore a detentore di una posizione essenziale per la realizzazione dei principi costituzionali e per la tutela dei diritti fondamentali.

Motore ed effetto di questa trasformazione sarebbe una maturazione culturale dei magistrati, espressa attraverso la formazione dei gruppi associativi all'interno della associazione nazionale.

Insomma sarebbe questa maturazione, promossa attraverso l'appartenenza ai gruppi associativi, ad aver consentito al giudice di affrancarsi dalla veste di mero funzionario che legge e interpreta le disposizioni legislative per diventare tecnico che coglie e persegue i valori sottesi alle disposizioni legislative e traduce i risultati di questa elaborazione culturale in decisioni quanto più appropriate alle particolarità dei fatti sottoposti al suo esame²⁰.

Orbene – al di là delle osservazioni che si potrebbero già compiere su un assunto di tal specie – che prescinde completamente dall'idea che il cambiamento sia dovuto a una maturazione culturale della compagine giudiziaria, sempre più sollecitata all'approfondimento dei valori costituzionali e convenzionali anche in forza dell'impatto con una società sempre più mutevole, che pone al caso concreto sfide interpretative sempre più alte, al fine di compiere un adattamento di una legislazione troppo spesso miope se non inerte rispetto ai mutamenti sociali; e che tale cambiamento si maturi nell'intima formazione di ciascun magistrato, prescindendo dalla condivisione di tali progressi in formazioni sociali come quelle interne alla associazione nazionale²¹, può essere però necessario porsi una semplice domanda: in che modo questa

²⁰ R. Romboli cita nel contributo già indicato il suo Maestro, A. Pizzorusso, con riferimento al testo *Su alcune proposte di riforma del Csm*, in *Legalità e Giustizia*, 1984, ora in A. Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019.

²¹ Per descrivere questo protagonismo necessitato l'A. cui si rinvia utilizza l'espressione "colegislatore permanente" – che richiama alla mente il *Judicial activism* anglossassone, certamente inimmaginabile al tempo della Costituente, in L. Chieffi, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 1998, p. 33. E ancora, lo stesso A. indica che il ruolo attivo assunto dal Giudice, sviluppato per consentire l'adattamento della norma costituzionale alle contingenze in continuo e sempre più veloce mutamento, costituisce effetto dell'inerzia sovente mostrata dall'organo cui in origine era stata riservata in via prioritaria la potestà di introdurre nuove norme, della scarsa attenzione ed incapacità del legislatore ad assicurare tutela alle realtà sociali che da quelle veloci trasformazioni sorgevano e risorgevano prive di alcuna lettura giuridica.

trasformazione, da qualunque stimolo generata, si colleghi al mutamento della concezione dell'organo di autogoverno, e come questo mutamento possa incidere sulle decisioni di competenza di questo organo.

Oltre alle alte funzioni amministrative è indubbio che il Consiglio abbia un ruolo di garanzia della indipendenza esterna e interna della magistratura. In questione è se esso abbia una natura rappresentativa, sviluppata attraverso il meccanismo elettorale.

In ciò si esaurisce gran parte dei nodi teorici da cui si stagliano le proposte di modifica del sistema elettorale.

Infatti una cosa è dire che al fine di svolgere le funzioni consiliari sia necessaria e sufficiente la idoneità e la capacità alle funzioni assegnate e la professionalità; altra è dire che ad esse deve accompagnarsi la capacità di rappresentare il pluralismo sviluppatosi nel corpo giudiziario, dovendo dunque garantirsi che nella composizione dell'organo si rispecchi la diversa realtà sociale del corpo elettorale. A questo scopo è chiaro che un sistema di aggregazione per gruppi è il solo a poter garantire la riconoscibilità delle proprie posizioni nel candidato afferente al gruppo di appartenenza. In questi termini ciascun consigliere avrebbe una funzione di rappresentanza, sebbene non politica, certamente ideologica.

Ma proviamo a fare un passo avanti da questa asserzione: è davvero questo il rischio che vuole scongiurarsi? O non è piuttosto che il sistema rappresentativo, in tal modo inteso, diventi fonte di pratiche di scambio e di lottizzazione nella assegnazione di incarichi direttivi e altro?

Il sistema elettorale può davvero da solo elidere un tale rischio?

La storia delle riforme precedenti ci confessa che no, non è sufficiente.

La riforma elettorale deve combinarsi con altre modifiche, quali quelle relative ai criteri per l'attribuzione delle funzioni direttive, che quando non elaborati in senso oggettivo, forniscono al Consiglio la occasione di valutare il merito senza onorare il principio di trasparenza.

Questa chiosa, lungi dal voler sottrarre essenzialità al percorso di elaborazione di una riforma elettorale per il nostro Consiglio, ha lo scopo di evidenziare come questo percorso si intrecci con la necessità di incentivare riforme anche su altri piani, quali la revisione del testo unico dirigenza e modifiche dello statuto A.N.M., onde evitare che l'impegno in campo associativo sia utilizzato come strumento per la auto-promozione nelle future

campagne elettorali per il ruolo consiliare.

Abstract: Uno dei limiti invalicabili all'abbandono della selezione elettorale dei consiglieri togati del Consiglio Superiore della magistratura è spesso riconosciuto nell'utilizzo del termine *eletti* nel testo dell'art. 104 della Costituzione. Partendo dall'analisi dei criteri di interpretazione del testo costituzionale, soffermandosi in particolare su quello cd. *originalista*, la lettura degli atti della Assemblea Costituente restituisce una verità storica molto più articolata.

Abstract: The use of the term *elect* in the text of article 104 of the Italian Constitution is often recognised as an absolute limit to overcome the electoral selection of the togate members of the Supreme Judicial Council in favor of a different model. Starting from the analysis of the criteria for interpreting the constitutional text, focusing in particular on *originalist* one, the reading of the acts of the Constituent Assembly returns a much more articulated historical truth.

Parole chiave: elezione – CSM – togati – sorteggio – Costituzione.

Key words: election – CSM – togate – council – Constitution.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Davide Antonio Ambroselli – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Michele Belletti – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Bologna “Alma Mater Studiorum”

Rezart Bushati – Dottore di ricerca in Diritto pubblico, indirizzo internazionale, europeo, navigazione – Università di Roma “Tor Vergata”

Claudio De Fiore – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Lucia De Micco – Magistrato. Dottore di ricerca in Diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Camilla Della Giustina – Cultrice della materia in Diritto costituzionale – Università di Padova e Cultrice della materia in 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”).

Giuseppe di Costanzo – Dottore magistrale in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”

Luca Di Majo – Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Nina Faiola – Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Emanuela Furramani – Docente di Diritto pubblico e Diritto penale internazionale –
Università di Scutari “Luigi Gurakuqi”

Alberto Lucarelli – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Natascia Marchei – Professore Ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico – Università
degli Studi di Milano-Bicocca

Maria Grazia Nacci – Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Bari
“Aldo Moro”

Anna Maria Nico – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di
Bari “Aldo Moro”

Raffaele Picaro – Professore Ordinario di Diritto privato – Università della Campania “L.
Vanvitelli”

Pasquale Serrao d’Aquino – Magistrato. Ufficio Studi del Consiglio Superiore della
Magistratura

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 Guastaferrò, 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