DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

E PLURIBUS UNUM: LE IDENTITÀ IN EUROPA

a cura di

Andrea Patroni Griffi

Speciale 1/2024
ISSN 2421-0528

Direttori: Lorenzo Chieffi – Alberto Lucarelli – Andrea Patroni Griffi
Direttore responsabile: Alberto Lucarelli

SOMMARIO

Editoriale

Andrea Patroni Griffi – **L'identitá plurale dell'Unione europea**

L'identità plurale dell'Unione: radici culturali e valori costituzionali

Mara Orlando – **L'identità del «pensiero europeo» in Silvio (1822-1893) e Bertrando Spaventa (1817-1883)**

Andrea Napolitano – **Identità europea vs identità nazionale. Verso inesorabili e necessari mutamenti costituzionali**

Lapo Tempesti – **L'Europa dei (molti) cittadini: esperienza e prospettive democratiche della Conferenza sul futuro dell'Europa**

Rosa Iannaccone – **Il ruolo della democrazia deliberativa nella costruzione europea: alcune riflessioni in chiave comparativa a partire dalla Conferenza sul futuro dell'Europa**

Giovanni Comazzetto – **Omogeneità «federale» e conflitti tra identità nello scenario costituzionale europeo. Il caso del regolamento sulla condizionalità**

Umberto Lattanzi – **La definizione del contenuto dell'identità nazionale ex art. 4 par. 2 TUE tra Corte di Giustizia e Corti Costituzionali: un argomento per il riaccentramento del «dialogo tra le Corti»**

Laura Starace – **Il ruolo del patrimonio culturale nel tortuoso percorso di integrazione europea**

Caterina Vosa – **Quale futuro per un'identità europea del paesaggio?**

Francesco Gaudiosi – **Il partenariato strategico tra Unione europea e NATO: l'evoluzione della cooperazione securitaria nel contesto euro-atlantico**

Issn 2421-0528

L'integrazione europea alla prova della tutela dei diritti

Sabrina Praduroux – **Luci e ombre sulla tutela delle minoranze nell'Europa dei diritti. Riflessioni a margine di alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Leandra Abbruzzo – **La lingua tra identità nazionale e pluralismo linguistico europeo**

Isabella de Vivo – **Sfide esistenziali e resilienze identitarie nella geopolitica informazionale: l'identikit europeo tra sovranità e costituzionalismo digitale**

Francesca Ricciulli – **I diritti digitali: verso un'identità unica europea**

Michela Tuozzo – **Note intorno al (futuro) Artificial Intelligence Act. Prospettive costituzionali e sfide dell'immigrazione nell'ecosistema digitale**

Simonetta Trozzi – **La dimensione costituzionale dell'intelligenza artificiale generativa. La tutela della dignità umana nell'era del deepfake**

Domenico Gabriele Nuzzolese – **La maternità surrogata e la tutela del bambino tra best interest of the child e diritto alle origini**

Daniela Messina – **Il diritto di essere sé stessi nell'era digitale: nuove sfide per l'identita' personale tra tutela della dignita' dell'individuo e integrazione europea**

L'integrazione economica e sociale come endiadi

Matteo Pignocchi – **Il pilastro europeo dei diritti sociali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Verso una protezione sociale europea?**

Alessandra Mattoscio – **Il volto sociale dell'Europa: maschera o vera identità?**

Maria Francesca De Tullio – **Condizionalità eurounitarie e processi democratici nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza**

Chiara Doria – **La giustizia tributaria tra cultura costituzionale e istanze europee: una riforma incompiuta?**

Issn 2421-0528

Sommario

Emanuela De Falco – **La leale cooperazione come mezzo per superare le crisi e strumento per promuovere una visione condivisa del futuro dell'UE**

Francesco Giacalone – **L'influenza eurounitaria sull'espansione del contraddittorio nei procedimenti amministrativi nazionali**

Issn 2421-0528

Sommario

L'IDENTITÁ PLURALE DELL'UNIONE EUROPEA

di Andrea Patroni Griffi*

Sommario. 1. La V edizione della Conferenza e *Summer School* di Ventotene, *Ex pluribus unum: le identità in Europa*. – 2. L'Europa sociale come tema identitario. – 3. Quale identità e per quale Europa unita? – 4. I molteplici osservatori dell'identità.

1. La V edizione della Conferenza e Summer School *di Ventotene,* Ex pluribus unum: le identità in Europa.

Gli scritti che seguono costituiscono la rielaborazione in *saggi* degli interventi svolti dagli Autori nel corso della V edizione della Conferenza e *Summer School* di Ventotene dal titolo *Ex pluribus unum: le identità in Europa*, organizzata dall'associazione *Per l'Europa di Ventotene* in collaborazione con alcune Università italiane e Centri di ricerca nonché con la Scuola dottorale dell'Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne e l'Università di Granada[1].

La scelta del titolo *Ex pluribus unum*, piuttosto che *In varietate concordia*, non vuole essere un richiamo al motto degli Stati Uniti d'America in sé, quanto un *memento*, caro all'associazione *Per l'Europa di Ventotene*, della via federale, quella ovverosia indicata, durante la guerra mondiale, nel famoso *Manifesto* scritto a Ventotene, quale orizzonte di destino per avere pace e prosperità per tutti i popoli d'Europa[2]. Una lunga e tormentata prospettiva federalista per l'integrazione europea che appare ancora lontana dal potersi dire realizzata, pur dovendosi sempre tener conto dell'insegnamento di Carl J. Friedrich sulla dinamicità dei sistemi federali[3].

Il federalismo – anzi, meglio, «i» federalismi, declinati al plurale – non è un monolite: ogni esperienza federale è una storia a sé. L'incompiuta via federale europea non potrà che eventualmente realizzarsi secondo un proprio modello, unico e peculiarissimo. La secolare storia europea di guerre e conflitti, solo dopo l'annientamento della stessa dignità umana negli orrori della Seconda guerra mondiale e della *Shoah*, ha condotto alcuni Paesi europei, a partire dagli Stati fondatori delle tre Comunità, alla consapevolezza della necessità di mettersi insieme come questione, al contempo, di alti ideali, di radici culturali comuni, ma anche più prosaicamente di ragioni di benessere e maggiore forza economica, insite nel mercato comune.

Il fatto è che le Costituzioni si pongono quali «manifestazioni» della storia, frutto di una rottura con il passato, che costano sangue e dolore[4], in cui si elaborano le regole di un «nuovo

---

* Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

[1] Il programma completo della *Conferenza* è visionabile al *link* https://www.ventoteneisolamemorabile.it/file/programmaventotene2023.pdf .

[2] A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita*, *Progetto d'un manifesto*, ed. Senato della Repubblica 2017, on line al *link* https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/Per_unEuropa_libera_e_unita_Ventotene6.763_KB.pdf .

[3] C. J. Friedrich, *Trends of Federalism*, in *Theory and Practice*, New York, 1968.

[4] Richiamando le parole pronunciate da P. Calamandrei nel famoso discorso, tenuto a Milano agli studenti il 26 gennaio 1955, e consultabile *on line* anche al seguente *link* https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/28_2014/2014_06_03_MN_discorso_Calamandrei.pdf .

ordine». Il passato, su cui il nuovo ordine sovranazionale europeo nasce con i suoi Trattati istitutivi, è costituito fondamentalmente dalla volontà, nel secondo dopoguerra, di porre freno ai nazionalismi e limiti alla stessa sovranità statale, individuando un nuovo comune livello di governo sovranazionale, che fosse espressione dei governi e dei popoli dei singoli Stati per metterne insieme gli interessi e destini[5].
Ma quale Europa? Quale Unione e con quale *Costituzione*? Quale *unum* e come realizzarlo?
La stessa locuzione originaria europea, *Unité dans la diversité*, esprime quanto meno un auspicio e ha un'origine significativa; nasce «dal basso», da un concorso fra studenti europei del 1998 e viene proposta a una commissione presieduta da Jacques Delors. La Presidente del Parlamento europeo Fontaine la pronunciò anche in latino con l'espressione *In varietate concordia*[6]. Mentre, anni prima, fu Gaetano Martino a utilizzare l'espressione «*In pluribus unum*», per ricordare che «l'unità politica dell'Europa dovrà fondarsi sulla molteplicità e sulla diversità»[7], un'unità fondamentalmente politica e sociale, non solo economica e monetaria, in linea con l'insegnamento di Schuman[8].

2. L'Europa sociale come tema identitario. Importante ricordare oggi le ragioni e le radici dell'Europa unita non solo nelle economie e nei mercati, ma anche sul piano sociale, e il pensiero di tali personalità politiche europee, quando riemergono voci, in alcuni nuovi Stati aderenti all'Unione, favorevoli all'integrazione economica, ma non a quella ben più necessaria di una reale unità politica e sociale. Mentre mai come ora, in uno scenario che vede l'Europa isolata e poco indipendente rispetto alle potenze mondiali, vi è bisogno di riscoprire e finalmente portare a compimento l'insegnamento dei Padri nobili dell'Europa unita, a partire da un'Europa che sappia regolare il mercato senza segnare arretramenti nella tenuta sociale dei diritti anche di fronte alle sfide della società digitale globale.
Molto a lungo, infatti, intaccando un aspetto importante del processo di ritrovamento di identità comune, l'Europa sociale è stata, come detto, la «parte dimenticata del *Manifesto* di Ventotene»[9]. La posizione rivestita dai diritti sociali, in tale sistema, è frutto di un progressivo emergere, molto graduale e tribolato, che ancora non può dirsi concluso[10].
I diritti sociali e quella che è stata definita con espressione evocativa la «libertà dal bisogno»[11]

---

[5] Nella sterminata letteratura e per una pluralità di orientamenti sul processo di integrazione europea, *ex multis*, si può, ad esempio, vedere: M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi della costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.; B. Caravita di Toritto, *Trasformazioni costituzionali nel* federalizing process *europeo*, Jovene, Napoli, 2012; G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2005; G. Ferrara, *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002, 161 ss.; A. Tizzano, *Il costituzionalismo europeo nell'età dell'incertezza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, 2023; L. Chieffi (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino, 2009, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, G. Martinico, L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, 2023.
[6] Sulla storia del motto europeo cfr. C. Curti Gialdino, *I simboli dell'Unione europea, Bandiera, Inno, Motto, Moneta*, Roma, 2005; J. M. Favret, *L'Union européenne: «l'unité dans la diversité». Signification et pertinence d'une devise*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 39, 4, 2003.
[7] G. Martino, *L'Unificazione Europea* (discorso pronunciato il 19 marzo 1958), disponibile al *link*: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2001/305002/DG-4-AFCO_ET(2001)305002_IT.pdf .
[8] Secondo il famoso passaggio della dichiarazione Schuman, rilasciata dall'allora ministro degli Esteri francese, il 9 maggio 1950: «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino *anzitutto una solidarietà di fatto*».
[9] L. Patruno, *La parte dimenticata del Manifesto di Ventotene: il riformismo sociale dell'Europa libera e unita*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2006.
[10] Sia consentito rinviare *amplius* A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *federalismi.it*, speciale 4, 2018, 33 ss.
[11] N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1996, 124.

costituiscono invece il *suum* del costituzionalismo dell'Europa continentale del secondo dopoguerra e della Costituzione del '48, in particolare. In questo senso, l'anima sociale del costituzionalismo all'indomani della guerra è l'identità più forte che vale a distinguere, su di un piano generale, il costituzionalismo europeo dei Paesi fondatori delle Comunità da quello d'Oltre Manica e d'Oltreoceano. L'essenza stessa del passaggio dallo Stato liberale alla democrazia pluralista della Costituzione repubblicana è stata individuata proprio nei diritti sociali, ovvero in un «concetto di libertà non scisso ma ancorato a quello di eguaglianza sostanziale»[12].

L'«eguaglianza costituzionale»[13], sancita nell'art. 3, in cui eguaglianza e libertà, eguaglianza formale e sostanziale, non sono più valori contrapposti di ideologie tra di loro belligeranti e incompatibili, ma trovano giusta sintesi, costituisce anche una possibile quanto necessaria prospettiva europea. La rilevata «utopia regressiva»[14] trova invece la sua pericolosa acme nella prospettiva di deresponsabilizzazione dalla tutela dei diritti sociali e dalle relative politiche, a livello tanto nazionale quanto europeo[15].

È chiaro che il paradigma finanziario europeo è stato, a lungo, altro, cieco, o almeno poco attento, rispetto alle ricadute sociali delle politiche europee[16]. Un paradigma neoliberale, o ordoliberista, che comporta e legittima il ritrarsi dei diritti sociali per le ragioni del mercato, non è ammissibile e intacca un punto fondante di un'identità nei diritti, oltre il mercato. E non è accettabile, così, in concreto, una debole armonizzazione fiscale, che si traduca in competizione tra imprese che delocalizzano, consentendo agli Stati *dumping* fiscali, che diventano poi *dumping* sullo stesso livello di tenuta del *Welfare State*[17]. L'Europa nasce per assicurare benessere diffuso e quindi pace e diritti tra i popoli d'Europa attraverso il mercato comune, quale strumento e non fine del processo di integrazione.

Eppure, vi è stato un cammino molto lento dell'Europa sociale. È poca cosa, nonostante il nome, lo stesso «pilastro sociale europeo» di Göteborg. Una qualche svolta per un'Europa sociale è rappresentata molto più dal *Next generation EU*, che segna un cambio di passo, tanto importante quanto fragile, dall'Europa dell'austerità a favore di un'Europa più solidale. Si danno più risorse, anche a fondo perduto, a chi ha più bisogno e si comunitarizza tra tutti il relativo debito, quindi con il più classico degli strumenti finanziari federali. Se proprio l'Italia è la prima beneficiaria del *Next Generation EU* è proprio grazie alle sue povertà e debolezze, contenute nei dati economici soprattutto del nostro Mezzogiorno. Gli interventi del *P.N.R.R.* dovrebbero rimettere in moto il sistema economico e sociale proprio a partire dalle aree che scontano i maggiori ritardi[18].

Nella IV edizione della Conferenza di Ventotene, dedicata al *Next Generation EU* e, sul piano interno, al *P.N.R.R.*, di fronte pure a strumenti straordinari adottati da un'Europa che

---

[12] M. Calamo Specchia, *L'Europa del disincanto tra rivendicazioni sovrane e sostenibilità "sociale"*, in D. Capitant (a cura di), *Europa e diritti sociali*, *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 1, 2017, 3.

[13] Cfr. E. M. Ruffini, *Uguali per Costituzione. Storia di un'utopia incompiuta dal 1948 ad oggi*, Milano, 2022.

[14] L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, XI.

[15] A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, cit., 36.

[16] Cfr., *ex multis*, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.

[17] Cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e* dumping *sociale: quali rimedi?*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2011.

[18] Sui pericoli che un tale risultato non venga raggiunto si è detto in A. Patroni Griffi (a cura di), Next Generation EU *e PNRR: «nuova» Europa, «vecchia» Italia*, in Next Generation EU *e PNRR: il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, a cura di *Idem*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023. Ad oggi, si può aggiungere che, sebbene il Dipartimento per le politiche di coesione abbia l'obbligo di verificare il rispetto dell'impegno contenuto nel Piano di destinare alle regioni del Mezzogiorno almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente relazionando periodicamente alla Cabina di regia PNRR, l'*ultima*, ovverosia la terza, relazione sulla destinazione al Mezzogiorno delle risorse PNRR risale al 31 dicembre 2022.

finalmente vede le diseguaglianze e cerca di porre rimedio alle stesse con il suo intervento straordinario di comunitarizzazione del debito, pure sono emerse letture distanti del processo europeo di integrazione e delle difficoltà di dare seguito alla realizzazione di tali interventi[19].
L'associazione Per l'Europa di Ventotene esprime questa consapevolezza su di un piano generale dei temi affrontati, sin dai suoi stessi atti costitutivi, con il richiamo alla necessità di attualizzare i valori espressi nel *Manifesto di Ventotene*, da un lato, e nell'indicazione dell'importanza, anche nella prospettiva propria della scienza del diritto costituzionale, di leggere criticamente il processo di integrazione, con animo non per questo antieuropeista.
Altiero Spinelli stesso ebbe a dire significativamente che le contrapposizioni politiche del futuro non sarebbero state in Europa tanto tra destra e sinistra, ma tra europeisti e nazionalisti. Più di recente Mario Draghi ha più volte sottolineato che senza Europa politica l'Unione europea non può reggere oggi la concorrenza globale[20] e al riguardo va soprattutto sottolineato che senza Europa autenticamente politica e democratica si tradisce il senso più profondo di un'identità europea in linea con gli intendimenti dei Padri nobili dell'Europa e, soprattutto, con l'essenza di un costituzionalismo che, anche in ambito europeo, resti fedele alle sue origini.
Si tratta di una prospettiva che segna nettamente una differenza di approccio non solo politico, ma anche culturale e scientifico al tema dell'identità e della stessa Costituzione europea.

3. Quale identità e per quale Europa unita? Ragionare quindi, come si fa in questo numero speciale del tema *delle* identità, pur con tutte le difficoltà di un argomento così ampio, al contempo teorico e assai concreto, significa individuare i presupposti ideali e le realistiche strade da poter percorrere nel processo di integrazione europeo, senza tradire le ragioni e le origini di un tale processo, nell'odierno scenario di crisi finanziaria, bellica, di recessione della globalizzazione economica e financo di tentativi da taluni auspicati di ritorno a nuove espressioni di logiche «di blocchi» contrapposti sull'asse Est/Ovest. Ma non basta un'identità europea per antitesi, che pure forse storicamente può avere giocato un ruolo sin dalla battaglia di Lepanto, se non delle Termopili, o anche, più vicino nel tempo, nel periodo della guerra fredda, con l'Europa occidentale delle vecchie Comunità in contrapposizione al blocco di Varsavia.
L'identità dell'Unione è altra cosa e si fonda, non si deve mai dimenticare, a livello di diritto fondamentale europeo, sui valori comuni enunciati nell'art. 2 TUE[21], quale più importante espressione di quella «tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa», richiamata nell'articolo di apertura del Trattato sull'Unione europea. Grazie a questi valori, di «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze», che si muovono secondo i dogmi di una «società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla

[19] Tutti i contributi sono pubblicati in A. Patroni Griffi (a cura di), Next Generation EU *e PNRR: il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, cit.
[20] Cfr. il discorso di M. Draghi pronunciato all'università di Cambridge l'11 luglio 2023 (qui il testo integrale *on line* https://www.corriere.it/economia/finanza/23_luglio_12/testo-integrale-discorso-draghi-futuro-dell-unione-europea-45a7113a-209e-11ee-a8dc-d9488408334d.shtmlm) nonché il Rapporto di Draghi di settembre 2024 su «Il futuro della competitività europea», qui disponibile in italiano https://www.eunews.it/wp-content/uploads/2024/10/00_Rapporto-Draghi-parte-A.pdf .
[21] E. Levits, *L'Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées – les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018.

solidarietà e dalla parità tra donne e uomini», l'Unione europea è stata in grado di costruire uno spazio comune, che si è fatto identità e che è andato ben oltre il mercato, realizzando progressivamente, e non senza ostacoli, su scala sovranazionale europea quella tutela delle libertà fondamentali, secondo i modelli liberali e sociali delle Costituzioni del secondo dopoguerra, tra le prime, quella italiana del 1948.

In questo senso, ed è bene ricordarlo nelle dinamiche dei progressivi allargamenti, è logico che i «valori fondanti», espressi negli artt. 2 e anche 3[22], vengano prima dell'articolo 4 TUE[23]. Ciascuno Stato membro mantiene - può e deve mantenere - le proprie specificità e le proprie identità culturali e costituzionali, racchiuse nei principi supremi, quali controlimite al processo sovranazionale di integrazione, attraverso una costante dialettica tra unità e diversità, che è alla base di quel peculiare modello di integrazione costituito dall'Unione europea[24] con un ruolo fondamentale svolto dal dialogo delle Corti e quindi delle stesse Carte costituzionali[25].

L'identità plurale europea vive nel «confronto», che è assai delicato, tra unità e pluralità, soprattutto dinanzi alle sfide delle crisi, ma costituisce l'essenza stessa dell'integrazione europea ed è l'unica possibile via di effettiva realizzazione dell'unione. Un confronto che ha trovato tanti difficili, recenti banchi di prova: dalla *Brexit*, al Covid, dal tema dei migranti alla crisi dei debiti sovrani, dal conflitto russo-ucraino alla collocazione europea nello scenario mediorientale rispetto alla questione palestinese.

Ex pluribus unum, questa dialettica tra unità e pluralità è la cartina di tornasole delle radici ma anche delle concrete soluzioni da trovare nel percorso di integrazione europeo.

È tema, infatti, che riguarda le origini storiche, culturali[26] e politiche[27] dell'Europa unita ed è l'ineludibile presupposto ideale per ogni dibattito sulla complessa identità costituzionale europea, a partire dalla possibilità, che non è un ossimoro, ma certo è un inedito rispetto al costituzionalismo classico, di parlare di «Costituzione europea»; non potendosi però mai pensare di eludere preliminarmente il quesito relativo a quale costituzione e per quale Europa[28]. Senza dimenticare che un'Europa che sia patria di diritti e democrazia richiede tante cose e anche una vera politica estera e una politica di sicurezza comune che non possono realmente reggersi l'una senza l'altra.

Quale politica estera, infatti, senza sicurezza (ed esercito) comune[29]? È tema, certo molto controverso, che incide sulla ricerca dell'identità, ma che la pluralità spesso conflittuale delle posizioni degli Stati pone su di un piano particolarmente problematico. Fermo restando che, oggi come ieri, nell'adombrare finanche un esercito europeo, va ribadito che una difesa e un

---

[22] Cfr. A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, n. 1, 2019, 19 ss.

[23] Cfr. G. Amato, *Le identità nazionali nell'Unione Europea*, Firenze, 2018.

[24] Cfr., tra gli altri, E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2022, P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, F. Savastano, *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Torino 2023.

[25] Nella prospettiva della nostra Corte v. G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune,* con la collaborazione di B. Barbisan, Bologna, 2016.

[26] Cfr. A. D'Atena, E. Lanzillotta (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Tivoli, 2003.

[27] Sulla storia dei modelli politici europei, cfr. S. Mastellone, *Storia del pensiero politico europeo. Dal XIX al XX secolo*, Volume Secondo, Torino, 1990.

[28] Cfr. C. Curti Gialdino, *La Costituzione europea. Genesi, Natura, Struttura, Contenuto*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2005; J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004; *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, a cura di A. Lucarelli e A. Patroni Griffi, *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, ESI, Napoli 2003; *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, Nuovi studi sulla Costituzione europea*, a cura di A. Lucarelli e A. Patroni Griffi, *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 5, ESI, Napoli, 2010.

[29] Cfr, *ex multis*, M. Vellano, A. Miglio (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Padova, 2023.

esercito comuni richiedono ancor di più un progetto politico pienamente democratico in una cornice chiaramente costituzionale. E, al riguardo, piace ricordare come fu Alcide De Gasperi a volere l'articolo 38 del trattato CED sulla Comunità Europea di Difesa, segnando quello forse il momento del passato in cui si fu più vicini a un'Europa sostanzialmente federale[30].

4. I molteplici osservatori dell'identità. Molte delle indicate questioni, e altre importanti, sono state affrontate, a partire dalla *lectio magistralis* tenuta da Giuliano Amato[31], nella V edizione della Conferenza di Ventotene, che ha portato alla elaborazione dei saggi che seguono.

Nell'ambito del panel dedicato all'identità plurale dell'Unione, i contributi proposti, benché muovano da prospettive diverse, abbracciano linee argomentative convergenti verso la progressiva evoluzione di una identità europea, che si forgia sul tassello del dialogo costante tra Carte e Corti, confermando un processo costituzionale in fieri continuo, al di là dei tentativi falliti, «in mezzo al guado delle Costituzioni scritte e non scritte»[32].

Mara Orlando analizza da una prospettiva filosofica le implicazioni del pensiero dei fratelli Spaventa sulla «circolazione del pensiero europeo» (p. 9) rispetto ad una embrionale ricerca di un'identità europea che attinga alla «crisi dell'identità filosofica italiana» (p. 18). E l'idea di una certa circolazione di un «pensiero europeo» (p. 9) è debitrice proprio del contributo elaborato da Silvio e Bertrando Spaventa.

Andrea Napolitano considera le implicazioni del «contrasto» (p. 21) tra identità europea e identità nazionale sull'ordinamento costituzionale, con riferimento specifico ai mutamenti costituzionali che toccano tanto la cosiddetta Costituzione economica, tanto la forma di governo.

Potenzialità e limiti dell'attività della Conferenza sul futuro dell'Europa rispetto alla definizione di una nuova identità democratica per l'Unione europea sono analizzati da Lapo Tempesti. Mentre Rosa Iannaccone guarda ai possibili mezzi tramite cui rivitalizzare l'identità a livello unionale, rintracciandoli soprattutto nei meccanismi democratico-partecipativi, di cui analizza l'effettivo rendimento guardando proprio all'esperienza della Conferenza sul Futuro dell'Europa.

Il ruolo delle Corti resta centrale e ineludibile in questo processo costituzionale, come sottolinea Giovanni Comazzetto, che si sofferma sulla «dialettica giurisprudenziale» (p. 68) tra Corte di Giustizia a Corti, muovendo da una contestualizzazione della dibattuta categoria della «omogeneità costituzionale» (p. 65) nello spazio costituzionale europeo. Una ricostruzione teorica, questa, in cui si colloca l'analisi delle due recenti pronunce della Corte di Giustizia sui meccanismi di condizionalità a presidio dello stato di diritto, inteso quale prisma attraverso cui analizzare le dinamiche evolutive che intercorrono nelle relazioni tra identità dell'Unione europea e identità costituzionali degli Stati membri.

Il tema del dialogo tra Corti riemerge anche nel contributo di Umberto Lattanzi che, mutuando un approccio empirico, ne evidenzia una delle cause del malfunzionamento nella refrattarietà delle Corti nazionali ad effettuare rinvii pregiudiziali, cui si potrebbe ovviare – secondo la tesi dell'Autore – «riaccentrando» (p. 94) la dialettica costituzionale in tema di identità per il tramite dell'introduzione di un «rinvio pregiudiziale al contrario» (p. 95), che

[30] Articolo 38 del Trattato istitutivo della CED, 26 maggio 1952: «L'Assemblea [assemblea *ad hoc*] studia la costituzione di una assemblea della Comunità Europea di Difesa, eletta su base democratica e i poteri da assegnare a tale assemblea». Cfr. D. Preda, *De Gasperi, Spinelli e l'art. 38 della CED*, in *Il Politico*, 4, 1989, 575 ss.

[31] Cfr. G. Amato, *L'identità europea alla prova del mondo*, *lectio magistralis* conclusiva della Conferenza, integralmente visionabile al *link* https://www.youtube.com/watch?v=Cbv-9FOLQq4 .

[32] Per riprendere l'espressione già utilizzata in A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1, 2015.

possa così arginare l'asimmetria che sussiste tra la natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali e la natura diffusa del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.
Laura Starace abbraccia, invece, una prospettiva di indagine specifica, focalizzandosi sul ruolo che il patrimonio culturale può rivestire – soprattutto se si considerano le più recenti iniziative intraprese dall'Unione europea tese a promuoverlo e tutelarlo – rispetto al corroboramento dell'«identità dell'Europa unita» (p. 100).
Da una prospettiva affine muove Caterina Vosa, che si interroga problematicamente sull' «identità europea del paesaggio» (p. 108), analizzando la disciplina normativa che presidia una tale ricostruita identità tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, promuovendone un'esplicita autonomizzazione rispetto alla tutela dell'ambiente.
Francesco Gaudiosi analizza, alla fine del primo panel, il processo di integrazione europea da un osservatorio privilegiato, e di stringente attualità, qual è il partenariato strategico tra NATO e Unione europea.
L'altro filone di indagine della Conferenza, in cui si collocano i contributi del secondo panel, è quello relativo alle modalità con cui il processo di integrazione europea intercetta la tematica dei diritti, sotto diversi profili e categorie: da quelli delle minoranze e linguistici, a quelli digitali e legati all'intelligenza artificiale, alle questioni bioetiche.
Il contributo di Sabrina Praduroux apre i lavori focalizzandosi sulle criticità emerse nella giurisprudenza della Corte EDU per quanto pertiene la tutela delle minoranze.
Leandra Abbruzzo, muovendo dalla ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana in tema di identità linguistica, indaga la contaminazione tra le identità nazionali e l'ordinamento europeo veicolata, per l'appunto, dal fattore linguistico.
Isabella de Vivo apre il dibattito relativo al costituzionalismo digitale focalizzandosi sulla strategia dell'Unione per la definizione della cosiddetta «sovranità digitale europea» (p. 168), cui fa seguito l'analisi collaterale di Francesca Ricciulli, che incentra le proprie argomentazioni sul diritto di identità digitale, inteso quale abbrivio verso un'identità unica europea.
Da una prospettiva attigua muove, poi, Daniela Messina che ricostruisce problematicamente la declinazione dell'identità personale in una società tecnologicamente avanzata, sottoposta alle sfide del, sempre più pervasivo, processo di datificazione.
Michela Tuozzo, invece, analizza la relazione tra l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale e la tutela dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla politica comune in materia di immigrazione.
Domenico Gabriele Nuzzolese si sofferma sull'apporto della giurisprudenza delle Corti ad un classico tema della bioetica, qual è quello della maternità surrogata.
Il terzo panel analizza, invece, le evoluzioni del processo di integrazione europea, muovendo dalla tutela di un'unità economica e sociale intesa quale un'endiadi imprescindibile «poiché non possono reggere l'una senza l'altra»[33], almeno nella prospettiva richiamata di un mercato non fine a sé stesso, ma strumento di quella necessaria, richiamata integrazione più ampia.
Alessandra Mattoscio va alla ricerca del «volto sociale dell'Europa» (p. 304) e cerca di verificarne l'esplicitazione in una identità europea condivisa.
Matteo Pignocchi ricostruisce, in chiave evolutiva, il quadro normativo alla ricerca del «modello sociale europeo» (p. 286), in particolare in tema di protezione sociale.
Maria Francesca De Tullio esamina uno specifico spettro di indagine, quello del *NGEU*, per analizzare le potenzialità e le criticità delle condizionalità del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* rispetto alla implementazione di politiche sociali e di coesione. Mentre Chiara Doria si focalizza sulla commistione tra dimensione nazionale ed europea rispetto all'approvazione

[33] A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, cit., 47.

Issn 2421-0528

della riforma della giustizia tributaria, la quale, come è noto, figura tra i traguardi del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. Emanuela De Falco, guardando alle evoluzioni del processo di integrazione europea, analizza il principio di leale cooperazione, quale strumento attraverso il quale garantire l'unità europea. Su altro piano, Francesco Giacalone analizza il rapporto di reciproca influenza che sussiste tra il sistema giuridico eurounitario e l'ordinamento nazionale, focalizzandosi soprattutto sull'espansione del contraddittorio nei procedimenti amministrativi nazionali.

Issn 2421-0528

L'IDENTITÀ DEL «PENSIERO EUROPEO» IN SILVIO (1822-1893) E BERTRANDO SPAVENTA (1817-1883)*

di Mara Orlando**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Riflessioni sulla crisi della filosofia italiana dopo il secolo XVI in Silvio e Bertrando. – 3. «Riprendere le fila sperdute» della tradizione filosofica italiana nel XIX secolo. - 4. L'Italia e il pensiero filosofico (europeo) in Bertrando. – 5. Dalla «circolazione del pensiero europeo» al vero «spirito del mondo». – 6. Conclusioni.

1. Introduzione. Silvio e Bertrando Spaventa furono protagonisti della vita culturale, politica e filosofica dell'Italia nel periodo del Risorgimento, una fase caratterizzata da moti rivoluzionari, lotte e scontri politici e ideologici, durante i quali i due fratelli si distinsero per il loro contributo alla costruzione di una identità nazionale[1].
Silvio e Bertrando Spaventa in quegli anni dedicarono particolare attenzione alla questione della «circolazione del pensiero europeo», uno degli argomenti teorici che, non solo caratterizza, ma che rende originale l'opera filosofica, politica e culturale dei due fratelli abruzzesi[2]. La riscoperta del pensiero di questi due studiosi oggi appare particolarmente significativa per affrontare, muovendo dalle loro riflessioni sul tema della «circolazione del pensiero europeo», la tematica della identità filosofica, storica e politica del vecchio continente.

2. Riflessioni sulla crisi della filosofia italiana dopo il secolo XVI in Silvio e Bertrando. Nel XVI secolo l'Italia fu teatro di numerosi contrasti che segnarono profondamente la sua storia, le Guerre Italiane (1494-1559) videro le principali potenze europee, tra cui Francia, Spagna e Austria, contendersi il controllo della penisola. Inoltre, la frammentazione dell'Italia in numerosi stati indipendenti e città-stato alimentò ulteriori conflitti interni, come emblematicamente mostrano le rivalità tra Venezia e gli Stati Pontifici e i frequenti scontri tra ducati e città-stato[3]. Questi contrasti non solo influenzarono profondamente il tessuto

* *Sottoposto a referaggio*.
** Dottoranda di ricerca in Social sciences, curriculum di Filosofia e interpretazioni storiche dei fenomeni sociali e politici – Università di Chieti-Pescara Gabriele d'Annunzio.
[1] Cfr. C. Tuozzolo, *Introduzione, Silvio e Bertrando Spaventa: Il realismo nella filosofia, in politica*, *nel diritto*, in C. Tuozzolo (a cura di) *Filosofia, diritto e politica. Bertrando e Silvio Spaventa,* Aracne, Roma 2022, IX.
[2] Per un approfondimento sul ruolo svolto dai fratelli Spaventa nell'ambito filosofico, politico e culturale si rinvia a P. Romano, *Silvio Spaventa. Biografia politica*, Bari 1942; G. Vacca, *Politica e filosofia in Bertrando Spaventa*, Roma-Bari 1967; E. Garin, *Filosofia e politica in Bertrando Spaventa*, Napoli 1983; S. Ricci, *Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica*, Atti del convegno di Bergamo 26-28 aprile 1990, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 1991; M. Mustè, S. Trinchese, G. Vacca, *Bertrando Spaventa tra unificazione nazionale e filosofia europea*, Roma 2018; C. Tuozzolo (a cura di) *Filosofia, diritto e politica. Bertrando e Silvio Spaventa*, Roma 2022.
[3] L'invasione del Regno di Napoli da parte di Carlo VIII di Francia nel 1494 inaugurò un periodo di instabilità, culminato nella Battaglia di Pavia (1525), dove le forze imperiali spagnole sconfissero l'esercito francese. Dopo la Pace di Cateau-Cambrésis (1559) la Spagna emerse come potenza dominante la penisola, imponendo un controllo stretto e politiche fiscali oppressive, che suscitarono risentimento tra la popolazione locale. Parallelamente, la Controriforma portò a un rigido controllo religioso attraverso il Concilio di Trento (1545-

politico e sociale dell'Italia del XVI secolo, ma gettarono anche le basi per le trasformazioni che avrebbero caratterizzato i secoli successivi, influenzando il corso della storia italiana ed europea.

Dalle considerazioni di Silvio e Bertrando Spaventa, emerge che, è proprio in tale circostanza storica che il sapere filosofico italiano entra in crisi. Per primo Silvio già nel 1844, accenna nella *Introduzione* a un disegno di lavoro attorno ai filosofi italiani del secolo XVI, e sottolinea come la decadenza del pensiero filosofico nell'Italia a lui contemporanea fosse causata da politiche che comprimevano la diffusione delle idee. Politiche che sono, agli occhi di Silvio, fortemente in opposizione rispetto alla possibilità, viva in altri Stati europei, di esprimersi liberamente[4].

Il subire restrizioni nell'ambito della libera manifestazione del pensiero riverserebbe i suoi effetti anche nell'ambito del sapere filosofico italiano, portando questo ad una interruzione del suo avanzamento.

La decadenza del pensiero filosofico italiano, iniziata dopo il XVI secolo, sarebbe così destinata a perdurare fino al XIX, considerando, da un lato, le successive dominazioni di potenze straniere, e dall'altro, la frammentazione politica italiana esistente sino alla Unità d'Italia. La permanenza di queste criticità per circa tre secoli avrebbe così per Silvio impedito una evoluzione del sapere filosofico italiano, rappresentando la causa principale della mancata presenza di un pensiero filosofico moderno in Italia nel XIX secolo[5].

Silvio, comparando lo sviluppo filosofico dell'Italia del XVI secolo con quella a lui contemporanea, come anticipato, già dal 1844 individui nel XVI secolo il momento più alto della filosofia italiana, a cui sarebbe seguita una eclissi[6]. Con questa comparazione, Silvio vuole mostrare come gli elementi costitutivi del passato «non discordino gran fatto da quelli cui la moderna Civiltà si misura, e sotto cui vessillo essa a gran prassi si avanza al suo avvenire»[7]: la crisi della filosofia italiana continuerebbe, difatti, a essere presente nel secolo XIX, quanto la dominazione straniera e le limitazioni alla libertà di espressione.

Silvio, pensando al XVI secolo, sostiene che sono proprio i pensatori italiani a dover essere considerati i primi tra i moderni, poiché, è il Rinascimento italiano, il grembo in cui la modernità si sarebbe per prima manifestata e affermata da se stessa per poi progressivamente diffondersi nel resto d'Europa[8].

Dunque, se è vero che per Silvio a mancare nell'Italia del XIX secolo è il pensiero moderno, è altrettanto vero che è l'Italia stessa a mantenere un ruolo avanguardistico rispetto agli altri Stati europei per l'avvio al pensiero moderno, «ne costituisce il primo filo»[9]: il fatto che il pensiero moderno non abbia avuto possibilità di svilupparsi ulteriormente in Italia non vuol

---

1563) e l'Inquisizione, intensificando la censura e limitando la libertà intellettuale. Le dure condizioni di vita e le disuguaglianze economiche alimentarono tensioni sociali e rivolte popolari. Per tutti, cfr. G. Alfani, L. Mocarelli, M. Di Tullio, *Storia economica e ambiente italiano (ca. 1400-1850)*, Milano 2012, 176-180.

[4] Cfr. S. Spaventa, *Introduzione*, in B. Croce, *Silvio Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti*, Napoli 1898, 5.

[5] Dopo la guerra di successione spagnola (1701-1714), con il Trattato di Rastatt del 1714, inizia il periodo della dominazione austriaca su varie parti d'Italia. Le politiche della dominazione austriaca in Italia fra il XVIII e il XIX secolo furono caratterizzate da un controllo stretto e centralizzato, finalizzato a mantenere l'ordine e la stabilità nelle regioni italiane sotto il dominio asburgico. Questo periodo fu segnato da tensioni e conflitti, culminati nel Risorgimento e nella successiva unificazione italiana. Cfr. R. Ago, V. Vidotto, *Storia Moderna*, Bari 2021, pp. 126-127, p. 160.

[6] Cfr. P. Della Pelle, *«La circolazione del pensiero europeo» in Silvio e Bertrando Spaventa*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, CXIV, 4, 910.

[7] S. Spaventa, *Introduzione*, 6.

[8] *Ivi*, 6-7.

[9] S. Spaventa, *Introduzione*, 7.

dire che lo stesso pensiero moderno non vi abbia radici[10].
Questo però, non conduce Silvio a ritenere che, considerata l'assenza del pensiero moderno in Italia tra il XVII e XIX secolo, visto il suo sviluppo altrove e vista l'assenza di un movimento come quello della Riforma, sia impossibile per l'Italia riprendere la sua eredità cinquecentesca e trovare una strada percorribile per un pensiero moderno italiano che riagganci quello europeo.
Silvio ritiene anzi che sia necessario «dimostrare che tutto il movimento filosofico, che oggi agita popoli interi, è venuto egualmente operato nel nostro paese dall'individuo filosofico», «però là [negli altri Stati europei] quel movimento prende forma ed organizzazione pubblica; qui resta secreto sotto la forma antica, in guardia di persecuzioni, tormenti e povertà»[11].
Le condizioni culturali e sociali, strettamente connesse con quelle politiche del tempo, come ha osservato Benedetto Croce (1866 - 1952, interprete e nipote degli Spaventa), non hanno consentito la manifestazione e lo sviluppo del pensiero moderno in Italia, ma anzi, visto il clima dell'epoca, qui lo studio delle discipline filosofiche, dove più, dove meno, è rimasto «solitario fra le mura del genio, scompagnato dalla pratica e dagli usi della Società»[12].
La stessa visione si ritrova anche in Bertrando che, come si legge nella lettera del 15 maggio 1850[13] indirizzata al Ministro della Pubblica Istruzione del Regno di Sardegna Cristoforo Mameli (1795 – 1872)[14], sottolinea che siano le condizioni politiche della sua patria a impedire ogni libero sviluppo dell'ingegno, e quanto, per questo, si senta costretto a limitare proprio ciò per cui aveva speso tutta la sua giovinezza, e cioè, lo studio della filosofia[15].
Per Bertrando «la filosofia è il principio e la base di ogni altra scienza»[16] e senza di essa non può che esserci solamente un'apparenza di verità.
Ed è proprio una apparenza di verità che secondo Bertrando caratterizza la società a lui contemporanea, società nella quale il pensiero filosofico è quasi smarrito, un sapere filosofico che, invece, ha bisogno di essere ripristinato in quanto, non è una semplice intelligenza astratta, ma essendo generatore di verità e della realtà delle scienze morali e politiche, è l'unico sapere che dà stabilità alla libertà e alla civiltà di un popolo[17].
In questa lettera si ritrovano non solo una considerazione sulle condizioni politiche italiane del tempo simile a quella di Silvio, non solo l'importanza che Bertrando assegna, come Silvio, alla disciplina filosofica, ma anche un ulteriore aspetto: l'importanza del pensiero filosofico italiano per la scienza moderna nel raffronto con quello del resto dei paesi europei. Difatti, nella lettera Bertrando scrive: «l'Italia è stata la madre del sapere scientifico e […] gli italiani hanno il debito sacro di continuare ad arricchire la tradizione filosofica dei loro padri; […] l'ingegno italiano è altamente speculativo e non ha nulla da invidiare agli altri popoli per qualità ed intelletto»[18].

[10] *Ibidem*.
[11] *Ivi*, 8.
[12] B. Croce, *Silvio Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti,* cit., 5.
[13] Bertrando Spaventa, nei primi anni del suo soggiorno torinese iniziato nel 1850, nelle sue lettere al fratello Silvio, prigioniero a Santo Stefano, fa riferimento alle difficoltà incontrate nel recapito della corrispondenza. Questi problemi sono menzionati in più di un'occasione, evidenziando le sfide comunicative del periodo. Cfr. B. Spaventa *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* Viella, Roma 2020, 59, 62-64.
[14] Cfr. Lettera di Bertrando Spaventa al Ministro della Pubblica Istruzione del Regno di Sardegna Cristoforo Mameli del 15 maggio 1850, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè. *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 29.
[15] *Ibidem*.
[16] *Ibidem*.
[17] *Ibidem*.
[18] Tale idea si ritrova anche nella lettera del 14 ottobre 1850 a Pasquale Villari, dove scrive, prima di una visita di Villari a Firenze: «visita per me codesti monumenti, creazioni sublimi del genio italiano, ispirati dal pensiero

Silvio rigettando le accuse che vedevano una impossibilità per il pensiero moderno di svilupparsi in Italia a causa della mancanza di una qualche Riforma che nei secoli precedenti era avvenuta negli altri Stati europei[19] concepisce lo stesso pensiero moderno come in movimento tra gli Stati europei. Un movimento di riforma del pensiero avviato in Italia nel XVI secolo e che nella sua circolazione europea vi avrebbe fatto presto ritorno dopo secoli di assenza[20].

3. «Riprendere le fila sperdute» della tradizione filosofica italiana nel XIX secolo.

Silvio, nonostante non abbia mai espressamente fatto cenno a pensatori particolari per validare la sua tesi che vede gli italiani come i primi moderni, nel fissare l'argine temporale del XVI secolo, e riferendosi a coloro che «in guardia di persecuzioni, tormenti e povertà»[21] hanno condotto avanti il moto del pensiero italiano, sembra non troppo indirettamente far riferimento, da un punto di vista teoretico e storico-filosofico, a Giordano Bruno (1548-1600) e Tommaso Campanella (1568- 1639)[22]. Ed è in ciò che Silvio riscontra l'esatto punto di contatto con la tesi della «circolazione del pensiero europeo» che svilupperà poi in forma compiuta il fratello.

È di estrema rilevanza sottolineare come lo sviluppo degli studi su queste tematiche venne portato avanti da entrambi i fratelli, che mantennero sempre un confronto vivo e costante[23]. Proprio durante questo continuo confronto Silvio, essendo venuto a conoscenza della volontà del fratello di voler intraprendere uno studio sulla filosofia italiana del XVI secolo[24], in una lettera a Bertrando osserva che, se precedentemente il tema della filosofia italiana con la sua necessaria nuova affermazione, aveva rappresentato per un certo periodo il suo unico scopo e la sua unica ambizione intellettuale, a causa della sua carcerazione, tale interesse aveva poi subito un freno: « I miei pensieri si sono dispersi nella notte delle sciagure pubbliche e nel buio delle prigioni»[25].

Silvio nella lettera prosegue: «le mie idee su questo argomento si sono in [tale] maniera oscurate che io non potrei dirti niente che meritasse la tua attenzione»[26], ma, visto che questo interesse si è spento per costrizioni esterne, vista la sua carcerazione e l'impossibilità di potersi dedicare adeguatamente allo studio della filosofia del XVI secolo, aggiunge: «ciò non pertanto tu mi perdonerai se io ti fo notare brevemente quello che a me è parso sempre più essenziale in un lavoro sulla filosofia del secolo XVI»[27]. Ciò che Silvio consiglia al fratello, circa la maniera più adeguata per portare avanti lo studio sulla filosofia del secolo XVI, vista la sua impossibilità pratica, è d'altronde già in qualche modo accennato nella citata «Introduzione» del 1844. In effetti, nel momento in cui Silvio tenta di delineare la missione

delle antiche memorie dei nostri padri e delle vecchie virtù cittadine, debolmente riprodotte negli sforzi dei figli, 40.

[19] S. Spaventa, *Introduzione*, p. 7.

[20] Cfr. P. Della Pelle, *«La circolazione del pensiero europeo» in Silvio e Bertrando Spaventa*, cit., 912.

[21] S. Spaventa, *Introduzione*, p. 8.

[22] Cfr. P. Della Pelle, *«La circolazione del pensiero europeo» in Silvio e Bertrando Spaventa*, cit., 912.

[23] Lettera di Bertrando Spaventa a Silvio del 29 luglio 1854, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè, *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 80. A tal riguardo si pensi alla lettera scritta il 29 luglio del 1854 da Bertrando al fratello: «quanto agli studi, continuo sempre quelli che faceva con te».

[24] Silvio viene a conoscenza della volontà del fratello di intraprendere uno studio sulla filosofia italiana con la lettera del 20 marzo del 1854, lettera in cui Bertrando afferma di essere impegnato in un lavoro sulla filosofia del secolo XVI in Italia come forma di quella moderna. Cfr. Lettera di Bertrando a Silvio del 20 marzo 1854, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè, *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 72.

[25] Lettera di Silvio Spaventa a Bertrando del 21 dicembre 1854, in B. Croce, *S. Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti*, cit., 152-153.

[26] *Ivi*, 153.

[27] *Ibidem.*

che avrebbe dovuto portare avanti la sua nuova rivista, indica due compiti in particolare: «1. riprendere le fila sperdute della nostra tradizione, svolgerla in dottrina, da cui possa rifluire qualche poco di luce sull'ideale incerto, che governa il nostro avvenire; 2. rilevare i gradi del suo attuale sviluppamento, raccoglierne ed accennare le pratiche conseguenze come dati della manifestazione sociale a cui aspira»[28].

Per poter riprendere le fila sperdute nella tradizione italiana e riannodarla al moderno pensiero europeo sarebbe stato, così, di fondamentale importanza capire le ragioni che hanno condotto a tale smarrimento. Nell'andare ad individuare queste ragioni, ovvero «la riforma, il razionalismo critico e i lumi di due secoli di esperienze»[29], pare che Silvio si riferisca proprio a ciò che individua nel compito espresso nel secondo punto appena richiamato. Questi si riferisce perciò alla necessità di rilevare i gradi dello sviluppo a cui è giunta la filosofia del XIX secolo, tenendo presente che, il modo in cui il sapere filosofico si sviluppa nel tempo, non è altro che il percorso che compie per giungere a ciò a cui aspira[30].

Difatti, Silvio in una lettera specifica a Bertrando di voler evidenziare quello che gli «è parso sempre più essenziale in un lavoro sulla filosofia del secolo XVI»[31], e, dunque, proprio quel ruolo fondamentale della filosofia italiana, del suo sviluppo e della sua circolazione rispetto al pensiero moderno in Europa già indicato nell'«Introduzione», di cui affida poi la conduzione al fratello poi la conduzione di tali studi al fratello.

La filosofia del XVI secolo viene in tal modo individuata da Silvio come oggetto di studio fondamentale in quanto dimostra di non essere una ripetizione della filosofia antica, ma di essersi anzi riuscita ad elevare a un grado più alto. Ciò è stato possibile anche grazie alla nascita e all'evoluzione della filosofia cristiana, alla filosofia dei padri, e infine, ma non tanto per importanza quanto più per lo sviluppo successivo a livello temporale, alla scolastica[32].

Silvio, riflettendo su ciò che avrebbe permesso una ricomparsa del pensiero filosofico moderno in Italia, crede sia essenziale comprendere quali siano le ragioni per le quali la filosofia del secolo XVI sia rimasta, «nonostante i suoi sforzi, un presentimento della scienza»[33], e ciò deve essere ricercato tanto nell'intrinseco procedimento della scienza stessa, tanto al suo esterno.

In proposito, se dal punto di vista intrinseco a mancare sarebbe nuovo materiale, «più ricco dell'antico»[34], e l'organizzazione di tale materiale in forma e metodo scientifico[35], esternamente «tra la filosofia del XVI secolo e l'odierna v'è di mezzo la riforma, il razionalismo critico e i lumi di due secoli di esperienze pazienti e feconde»[36]. Esperienze che si sono rivelate feconde per molti popoli europei, secondo Silvio, ma non per quello italiano. Altresì, in Italia è mancato «un mezzo in grado di mettere in effetto il concetto della scienza nel vero modo scientifico»[37].

Bertrando, prima di ricevere tali indicazioni dal fratello, che gli avrebbero permesso di sviluppare i temi già posti da Silvio in precedenza, e prima di approfondire specificatamente lo studio sulla filosofia italiana del XVI secolo, aveva già orientato la propria attenzione sul

---

[28] S. Spaventa, *Introduzione,* in B. Croce, *S. Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti,* cit., 8.
[29] Lettera di Silvio Spaventa a Bertrando del 21 dicembre 1854, in B. Croce, *S. Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti,* p. 153.
[30] *Ibidem.*
[31] *Ibidem.*
[32] *Ivi*, 154.
[33] *Ivi*, 153.
[34] *Ibidem.*
[35] *Ibidem.*
[36] *Ibidem.*
[37] *Ibidem.*

pensiero di Hegel (1770 - 1831) intravedendo in quest'ultima una grande scientificità[38].
In particolare, in tale contesto è utile sottolineare come negli «Studi sopra la filosofia di Hegel»[39] (1850) Bertrando osservi quanto la filosofia tedesca fosse la vera prosecutrice della filosofia italiana del Rinascimento e di Vico (1668 - 1744), e che Hegel è, in tal senso, il punto ultimo a cui era giunta la speculazione moderna[40]. Come si legge in una lettera del 22 settembre dello stesso anno a Pasquale Villari (1827 - 1917), Bertrando scrive: «ho cominciato – annota Bertrando – un piccolo lavoro, che può divenire grande e riuscirebbe importantissimo se mi bastassero il tempo, la fortuna e l'ingegno»[41]. In una lettera di poco successiva, risalente al 14 ottobre del 1850, Bertrando afferma che Hegel è l'Aristotele della civiltà nuova e, continuando, sottolinea che non è opportuno, ostinarsi a «non volerne sapere nulla», vista l'idea diffusa in Italia di una «filosofia tedesca nebbiosa e selvaggia»[42], anche perché, aggiunge il filosofo, «per noi italiani tutti, sebbene dotti, eruditi, provveduti a dovizia di ogni materia di cognizione, manca la «Scienza», cioè la forma organica della materia»[43].
È proprio dal citato scambio con il fratello Silvio e da questo studio della filosofia hegeliana che pare possa essere fatto risalire l'approfondimento dei filosofi italiani del XVI secolo e la successiva presa di coscienza, nel 1851, di quello che egli stesso definisce un «semplice pensiero»[44] sulla idea della «circolazione del pensiero» in Europa.

4. L'Italia e il pensiero filosofico (europeo) in Bertrando. Per Bertrando è necessario che l'Italia recuperi quel pensiero filosofico smarritosi nel XVI secolo, e, tenendo a mente i consigli di Silvio, si approccia allo studio della filosofia di Hegel considerandola, da un lato, la vera prosecutrice della eredità lasciata dalla filosofia italiana, e dall'altro, come il punto ultimo a cui è giunta la speculazione moderna (ovvero il «grado di sviluppo attuale» a cui si riferisce Silvio nella «Introduzione» del 1844)[45].
Per Bertrando, «tutta la filosofia moderna da Spinoza sino ad Hegel non è che uno sviluppo logico e necessario della filosofia italiana del secolo decimosesto, e che primo tra i nostri filosofi sia stato Bruno; […] però ogni altra maniera di filosofare che si allontana dalla nostra tradizione e dalla sua progressiva continuazione in Alemagna è infruttuosa e nociva all'Italia e la separa dalla vita attuale del mondo civile. Ma questo non è che un semplice pensiero ed ha bisogno di essere provato»[46].
Per confermare questa sua idea, Bertrando si propone di iniziare lo studio sul pensiero di Giordano Bruno (1548-1600) per poter così dimostrare che la sua idea sia continuata poi in Spinoza sino ad Hegel. Questo studio, che sarà pubblicato nel 1854 con il titolo «Principii della filosofia pratica di G. Bruno»[47], mette in evidenza come Bruno sia il precursore di

[38] Cfr. B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, Padova 1941, p. IX.
[39] B. Spaventa, *Studi sopra la filosofia di Hegel, Rivista Italiana*, novembre 1850, Torino 1851.
[40] Cfr. B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, Cedam, Padova 1941, IX.
[41] Lettera di Bertrando Spaventa a Pasquale Villari del 22 settembre 1850, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè. *B. Spaventa Epistolario (1847-1883)*, p. 33.
[42] Lettera di Bertrando Spaventa a Pasquale Villari del 14 ottobre 1850, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè. *B. Spaventa Epistolario (1847-1883)*, cit., 38.
[43] *Ibidem.*
[44] Lettera di Bertrando Spaventa a Pasquale Villari del 11 marzo 1851, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè. *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 48.
[45] Cfr. B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, Cedam, Padova 1941, IX.
[46] *Ibidem.*
[47] B. Spaventa, *Principii della filosofia pratica di G. Bruno,* in *Saggi di critica filosofica, politica e religiosa,* 137-267.

Cartesio (1596 – 1650) e di Spinoza (1632 – 1677). Il fatto che Bruno sia considerato in tal modo dimostra che sarebbe avvenuta una circolazione del pensiero filosofico italiano, spostatosi prima in Francia, e poi nei Paesi Bassi. E questo moto non si sarebbe arrestato, come visibile nel pensiero di Giambattista Vico (1668-1744), nel quale si avrebbe un ritorno in Italia del pensiero filosofico moderno, essendo Vico influenzato, fra gli altri, da Cartesio e Spinoza.

Bertrando crede così di poter dimostrare che sia stato proprio Bruno a cominciare la filosofia moderna e che l'Italia, bruciando vivo Bruno e non comprendendo successivamente Vico, abbia rinunciato alla sostanza stessa della vita moderna[48]. Rispetto alla questione dello smarrimento del pensiero filosofico moderno nell'Italia di quegli anni, Bertrando non crede vi sia perciò motivo di esaltare una filosofia diversa da quella italiana, che è in fondo presente alla radice di tutta quella europea[49].

Pertanto, ciò che è possibile ritrovare nella filosofia '«ultima» di Hegel è interpretato da parte di Bertrando come effetto del processo di quel pensiero filosofico europeo che, nato in Italia con Bruno e Vico e costretto a fuggire, si è rifugiato in altre nazioni europee, prime fra queste la Germania[50].

Bertrando a tal riguardo ritiene, come si legge già nei «Frammenti di studii sulla filosofia italiana del secolo XVI (1852)»[51], che la filosofia moderna, essendo circolata fra le diverse nazioni europee, non sia proprietà di questo o quel popolo come «la filosofia indiana e la greca sono più o meno»[52], ma che tutti i popoli europei vi hanno concorso[53]. Sicché il voler «rinchiudersi»[54] in una filosofia esclusivamente nazionale, equivarrebbe a rinunciare al progresso della speculazione[55].

Lo studioso abruzzese si domanda «se sono possibili dopo il medioevo e ne' tempi moderni, tante filosofie nazionali quanti sono i popoli civili di Europa»[56] e ritiene che quelle che vengono definite come filosofie nazionali non siano altro che momenti particolari dello sviluppo comune della filosofia moderna nelle diverse nazioni[57].

«La filosofia moderna non è né inglese, né francese, né italiana, né alemanna solamente, ma europea» poiché «specialmente dopo il Risorgimento, quelle che appariscono come filosofie

---

[48] Cfr. Lettera di Bertrando Spaventa a Pasquale Villari del 11 marzo 1851, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè, *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 49.

[49] Bertrando essendosi occupato del sistema filosofico hegeliano venne accusato da altri accademici, come Palmieri e Prodigio, di non occuparsi della filosofia italiana. Per tale ragione i suoi studi sulla filosofia italiana del XVI secolo sono portati avanti non solamente per dimostrare che la filosofia moderna ha origini italiche, ma anche per mettere in luce che esiste una sola filosofia e che quella hegeliana non è una filosofia diversa da quella italiana, ne è solamente lo sviluppo.
Si vedano la Lettera di B. Spaventa a Pasquale Villari del 11 marzo 1851, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè, *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 48-49, e la Lettera di B. Spaventa al fratello Silvio il 27 novembre del 1861, in B. Spaventa, *Appendice e documenti. Lettere di Bertrando e Silvio Spaventa*, in *Opere*, a cura di F. Valagussa, Bompiani, Milano 2009, 1438-1439.

[50] *Ibidem.*

[51] Cfr. B. Spaventa, *Frammenti di studii sulla filosofia italiana del secolo XVI*, «Monitore bibliografico italiano», XXXII-XXXIII (1852), 48-54.

[52] Bertrando vuole così sottolineare che se è vero che la filosofia indiana e quella greca hanno un prevalente carattere nazionale, questo non è vero per quanto riguarda la filosofia moderna, che ha invece un carattere comune ed unico. Pertanto, sarebbe impossibile, secondo il pensatore abruzzese, parlare di filosofie nazionali. B. Spaventa, *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, in *Opere,* cit., 1171.

[53] Cfr. *Ivi*, 1171-1172.

[54] B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, cit., XI.

[55] *Ibidem.*

[56] B. Spaventa, *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea,* in *Opere*, cit., 1172.

[57] *Ibidem.*

nazionali non sono che stazioni per le quali passa il pensiero nel suo corso immortale», queste le parole di Bertrando Spaventa nella sua «Prolusione e Introduzione alle lezioni di filosofia nella Università di Napoli 23 novembre – 23 dicembre 1861»[58].
Per Bertrando la differenza tra la filosofia di diverse nazioni, se differenza c'è, è di quantità, quindi, «si può dire che la filosofia moderna è la filosofia inglese, francese, tedesca e italiana soprattutto»[59].
Bertrando, quindi, ammette l'esistenza di una sola filosofia moderna, alla quale ogni nazione ha concorso e concorre più o meno: ogni filosofia contribuisce alla risoluzione di un aspetto del problema filosofico, e non giunge all'intera soluzione, perciò, la filosofia moderna è europea[60].

5. Dalla «circolazione del pensiero europeo» al vero «spirito del mondo». Bertrando nel voler analizzare il percorso del pensiero filosofico in Europa, non può che partire dalla storicità dello stesso, ed è proprio dal quadro che il filosofo abruzzese ha sulla storia della filosofia[61] che si comprende l'origine del percorso della «circolazione del pensiero europeo» che, cominciato con il naturalismo antico, si sarebbe dispiegato fino al nuovo idealismo: è infatti con Hegel e con il suo sistema filosofico che si rende chiaro il concetto di spirito[62].
Alla luce di quanto evidenziato pare possibile affermare che la «circolazione del pensiero europeo» sia, in senso stretto, la fondazione in Italia della storia della filosofia europea interpretata idealisticamente e, in senso più ampio, il rinnovamento della storia e della cultura filosofica italiana nel pensiero europeo moderno.
Il protagonista di tutta la filosofia di Bertrando, l'anima dei suoi scritti, il presupposto dottrinale e il punto d'arrivo nella sua storia della filosofia, è il concetto hegeliano dello spirito come unità e come sviluppo, lo spirito come Soggetto assoluto[63]. Non si può non notare che Bertrando, in tal modo, sembrerebbe allinearsi a quanto detto nella «Introduzione» del 1844 da Silvio, ritenendo questi che il «tema di tutte le fatiche dovrà essere rimanere sempre fedeli ad un principio, e cioè l'unità dello spirito umano; o in altri termini, la solidarietà del suo perfezionamento»[64].
Dunque, il principio di fondo che guida il progetto dei fratelli Spaventa è l'idea secondo cui a ogni individualità, sia essa costituita dalle singole nazioni oppure dai singoli filosofi, possa e debba essere riconosciuto uno specifico valore solo nella misura in cui essa possa essere definita come parte attiva di quel tutto che è «la vita dello spirito»[65].
Considerando, in primo luogo, la vicinanza di Bertrando alla filosofia di Hegel, non è difficile

---

[58] B. Spaventa, *Prolusione e Introduzione alle lezioni di filosofia nella Università di Napoli* 23 novembre - 23 dicembre 1861, Stab. tip. di Federico Vitale, Napoli 1862, 12.
[59] Cfr. B. Spaventa, *Introduzione* di G. Ponzano, *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, cit., XIX.
[60] Cfr. B. Spaventa, *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, cit. XVIII.
[61] Per Bertrando il principio della filosofia antica è la natura, l'oggetto, prima spiegato naturalmente dal naturalismo presocratico, poi idealmente da Socrate, Platone, Aristotele; mentre, il principio della filosofia moderna è lo spirito, il soggetto, prima spiegato naturalmente da Cartesio a Wolff, poi spiegato idealmente da Kant ed Hegel. Vi è quindi una evoluzione storica che inizia con il naturalismo antico, seguito da un idealismo antico, che si vedono poi superati nella filosofia moderna con il nuovo naturalismo seguito dal nuovo idealismo. B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, cit., XVI.
[62] *Ivi*, XIV.
[63] Cfr. B. Spaventa, G. Ponzano (a cura di), *Introduzione* di G. Ponzano, in *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, Cedam, Padova 1941, XVI.
[64] S. Spaventa, *Introduzione*, cit., 8.
[65] C. Tuozzolo, *Introduzione, Silvio e Bertrando Spaventa: Il realismo nella filosofia, in politica, nel diritto*, XI, XX-XXI.

osservare come sia l'«elemento logico» posto costantemente da Hegel a fondamento del proprio filosofare a essere rinvenibile nel pensiero dell'interprete italiano[66]. L'accoglimento di questo «elemento logico» si ritrova nel complesso evolversi delle tesi di Bertrando sulla «circolazione del pensiero europeo» e affiora anche nella storiografia filosofica spaventiana[67], che segue il metodo delineato da Hegel nel prospettare una storia della filosofia basata sul «concetto filosofico»[68].

Per Bertrando, come per Hegel, l'opera dello storico non può fondarsi su semplificazioni che riconducono l'individualità a un universale senza vita come se ogni singola individualità fosse l'esemplare di un genere, in quanto ogni individualità è una soggettività che è parte attiva di quel Tutto-Soggetto che è lo Spirito[69]. Seguendo questa logica, la «circolazione» che si instaura fra le nazioni o fra i filosofi, non è mai concepibile in termini di reciproca esclusione o di relazione formale. A instaurarsi è invece una connessione complessa e concreta, che ad ogni parte riconosce il suo specifico ruolo attivo[70].

Ed è proprio questo che Bertrando fa con la tesi della «circolazione del pensiero europeo», mettendo in luce che, nonostante sia stato il genio italiano il precursore della filosofia moderna (sia per quanto riguarda il nuovo naturalismo con Bruno e Campanella, sia per quanto riguarda il nuovo idealismo con Vico)[71], questo pensiero italiano si sarebbe poi sviluppato fuori dall'Italia[72].

Quindi, il pensiero filosofico nato in Italia con Campanella e Bruno, si sarebbe dapprima spostato in Francia (Cartesio), Inghilterra (Locke), Olanda (Spinoza) e Germania (Leibniz) e, successivamente tornato in Italia con Vico, per poi muoversi nuovamente in Germania da Kant sino ad Hegel[73]. Come precedentemente accennato, Hegel rappresenta per i fratelli Spaventa il punto ultimo a cui è giunta la speculazione moderna. Tuttavia, nonostante ciò, non si deve continuare semplicemente a ripeterne il pensiero, ma occorrerebbe continuare a svilupparlo nell'interesse della stessa filosofia moderna[74].

Bertrando, occupandosi delle concezioni filosofiche a lui contemporanee, riferendosi quindi a Rosmini Mamiani e Gioberti (ai quali si approccia prima ancora di studiare gli ultimi filosofi tedeschi, in particolare Hegel e, i filosofi del Rinascimento)[75], ritiene che «tutte e tre queste maniere di filosofare negano l'idea dello spirito come una cosa medesima con la libertà, anzi, la libertà stessa; negano la natura assoluta del pensiero, la cui essenza e dialettica è la essenza

---

[66] *Ibidem*.

[67] Cfr. Lettera di Bertrando Spaventa a Pasquale Villari del 11 marzo 1851, in M. Diamanti, M. Rascaglia, M. Mustè. *B. Spaventa Epistolario (1847-1883),* cit., 48-49.

[68] *Ibidem*.

[69] *Ibidem*.

[70] Cfr. C. Tuozzolo, *Introduzione, Silvio e Bertrando Spaventa: Il realismo nella filosofia, in politica*, *nel diritto*, XIII.

[71] Cfr. B. Spaventa, *Dalla Nazionalità della filosofia,* in *Opere*, cit., 1198-1200.

[72] *Ibidem*.

[73] Cfr. Lezione quarta: *Tommaso Campanella- Concetto della restaurazione cattolica – Carattere generale della filosofia di Campanella*, pp. 1252-1260; Lezione quinta: *Giordano Bruno- A) Carattere e destino di Bruno. – Differenza della sua filosofia da quella di Campanella. B) Spinoza. C) Bruno precursore di Spinoza: Dio come sostanza-causa*, 1261-1275; Lezione sesta: *Giambattista Vico- A) Difetto della dottrina di Bruno. Passaggio da Bruno Campanella a Vico. B) il nuovo concetto della unità dello spirito. Di nuovo Bruno, Spinoza e Vico*, 1276-1299, in B. Spaventa, *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, in *Opere*, cit.

[74] Cfr. B. Spaventa, *Prolusione e Introduzione alle lezioni di filosofia nella Università di Napoli* 23 novembre – 23 dicembre 1861, cit., 18. Proprio per quanto concerne il progresso del pensiero, nella prima formulazione della teoria della «circolazione del pensiero europeo», non era ancora previsto un ritorno in Italia del pensiero moderno (quello europeo) a causa dei limiti della filosofia del tempo, non disposta ad accogliere i progressi filosofici generatisi in Alemagna perché considerati come altra cosa dalla filosofia italiana. Cfr. *Prefazione a Logica e metafisica*, in *Opere*, 1776-1781.

[75] *Ivi*, 1784.

e dialettica dell'essere; negano la medesimezza della natura divina e della natura umana, e perciò rigettano il principio del mondo moderno, negano la scienza»[76].
Galuppi, Rosmini e Gioberti erano considerati in Italia come i veri discepoli di Bruno, Campanella e Vico[77], ma, Bertrando, nel momento in cui dirige i suoi studi sulla filosofia «alemanna» e su quella del XVI secolo, ritiene che i veri prosecutori di Bruno, Campanella e Vico, siano invece Spinoza, Kant, Fichte, Schelling ed Hegel[78]. Proprio perché individua questi come i veri eredi dei filosofi italiani del XVI secolo, ritiene che sia sbagliato reputare la filosofia «alemanna» come «contraria alla natura speculativa dell'ingegno italiano»[79]che, ostinandosi a rimanere su tale prospettiva, fa sì che perduri l'assenza della filosofia moderna dall'Italia.
L'idealismo tedesco sarebbe così il momento imprescindibile per la filosofia italiana dell'Ottocento, e questo perché, secondo Bertrando, se gli italiani vogliono percorrere ed effettuare una nuova e più ampia soluzione del problema dello spirito, possono farlo solamente non rigettando «tutto quel che si è fatto da un gran pezzo fuori d'Italia o meglio che in Italia, ma studiarlo, comprenderlo, appropriacelo; e solo così entrati in più largo orizzonte, conosciuto noi medesimi, e ritemprata la nostra vita nella perpetua corrente della vita universale, fare un gran passo innanzi nel vuoto, ma colla piena coscienza delle nostre forza, del nostro compito, del nostro comune»[80].
Bertrando, riprendendo gli studi su Galuppi, Rosmini e Gioberti dopo aver studiato la filosofia «alemanna»[81] e i filosofi del XVI secolo, andò modificando il giudizio sui filosofi italiani del suo tempo, ritenendo che la fuga della filosofia dall'Italia non fosse completa e che, in qualche modo, la più recente filosofia italiana sia riuscita, a suo modo, a far sviluppare le fonti della vera filosofia intrattenendosi nei pressi dell'idealismo tedesco[82].

---

[76] *Ivi*, 1782-1783.
[77] *Ivi*, 1773.
[78] *Ivi* 1777.
[79] *Ivi*, 1776.
[80] B. Spaventa, *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, cit., 2.
[81] B. Spaventa, *Prefazione a Logica e metafisica*, in *Opere*, cit., 1784-1785.
[82] Cfr. C. Tuozzolo, *Introduzione, Silvio e Bertrando Spaventa: Il realismo nella filosofia, in politica*, *nel diritto*, XI.
Se inizialmente Bertrando vede in Galuppi un puro sensista, rintraccia poi in questa figura la prima spinta in Italia al nuovo antropologismo. Galuppi supera quella dualità realizzata tra Io e Non-Io, che vede o l'Io come effetto del Non-Io, o il Non-Io come effetto dell'Io, e considera Io e Non-Io come una «immediata percezione», come «due atti in uno» B. Spaventa, *Prefazione a Logica e metafisica*, in *Opere*, cit., p. 1785. Bertrando vede nella filosofia di Rosmini, prima una negazione della natura assoluta del pensiero, un puro nullismo, una continua astrazione dalla realtà (Cfr. B. Spaventa, *Frammenti di studii sulla filosofia italiana del secolo XVI*, cit., 82-88), ma successivamente un pensiero secondo cui il conoscere puro è come una «unità sintetica e originaria», e l'ente, quell'essere indeterminato, non è se non il primo pensiero, e pertanto, la prima possibilità di tutte le categorie. Nella filosofia di Gioberti, l'errore secondo Bertrando sta nel riporre la verità nell'intuito, considerando la riflessione come un qualcosa di secondario ed inferiore (B. Croce, *Silvio Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti,* cit., p. 204). In tal modo il vero sapere si vede fondato sulla immediatezza (B. Croce, *Silvio Spaventa. Dal 1848 al 1861 Lettere scritti documenti,* cit., 224). Successivamente, nel momento in cui Bertrando si approccia ad ulteriori scritti di Gioberti, pubblicati postumi, nota che vi sono molte meno imperfezioni, è come se in questi scritti si palesasse «una critica che il suo pensiero [di Gioberti] da a sè stesso» (229). Leggendo le opere postume di Gioberti, Bertrando coglie così una evoluzione del suo pensare, che ha permesso di rintracciare nei primi scritti del filosofo «qualche germe» nascosto, germe che invece si manifesta chiaramente nelle opere postume. In queste opere postume che l'intuito è interpretabile come infinita potenzialità del conoscere, infinito atto creativo, e dunque la vera unità dello spirito (Cfr. B. Spaventa, *Prefazione a Logica e metafisica*, cit., pp. 1785-1786). A tal riguardo si vedano i saggi di M. Mustè, Spaventa e Gioberti, in M. Mustè, S. Trinchese, G. Vacca, *Bertrando Spaventa tra unificazione nazionale e filosofia europea*, Roma 2018, 123-145; F. Gallo in M. Mustè, S. Trinchese, G. Vacca, *Bertrando Spaventa tra unificazione nazionale e filosofia europea*, Roma 2018, pp. 105-122; A. Savorelli, *Il decennio di preparazione e l'ideologia italiana*, in M. Mustè, S. Trinchese, G. Vacca, *Bertrando Spaventa tra unificazione nazionale e filosofia europea*, Roma 2018, 149-165.

In tal modo, Bertrando riscopre un legame, che sembrava interrotto dal XVI secolo, tra la filosofia italiana del XIX secolo, e le precedenti filosofie europee: «l'animo mio ebbe un po' di pace, o almeno non fu più così scontento come negli anni passati: come italiano, io mi trovavo e mi sapevo ora nello stesso grado, a cui era salita la coscienza degli altri popoli moderni»[83].
Su queste premesse, il pensiero moderno europeo è paragonato da Bertrando a un sole, un sole che «sembravano due perché erano lo stesso sole in due punti diversi d'orizzonte»[84], poiché la filosofia italiana del Risorgimento e la filosofia tedesca sarebbero, in ultima analisi, un «medesimo sole»[85]. È proprio in virtù di tale riflessione che, secondo Bertrando, l'ultimo grado «a cui si è levata la speculazione italiana, coincide coll'ultimo risultato della speculazione alemanna»[86].
Sarebbe proprio questa la strada, nella idea spaventiana, che bisogna mantenere per permettere alla filosofia moderna europea di progredire: occorre studiare se stessi, la storia del proprio pensiero, della propria nazione, «senza temere o spregiare il pensiero di un'altra nazione, in cui si raccoglie egualmente il patrimonio della speculazione europea. Studiando questo pensiero noi studieremo meglio noi stessi; giacchè esso non è altro in sostanza che lo stesso nostro pensiero in altra forma. Così noi avremo due coscienze in una, cioè una maggior coscienza»[87].
Tramite le considerazioni di Silvio e Bertrando, emerge così una visione positiva della molteplicità delle identità europee, poiché queste, per quanto possano essere in disaccordo o per quanto possano percepirsi distanti tra di esse, sono appartenenti a uno stesso universale, all'unico vero «spirito del mondo»: «l'umanità»[88].

6. Conclusioni. Partendo dalla problematica affrontate dai fratelli Spaventa sulla crisi dell'identità filosofica italiana del XVI secolo, le singole identità, e le singole Nazioni europee vengono perciò considerate come soggettività che svolgono un ruolo attivo nella formazione del pensiero filosofico europeo. Così come il pensiero filosofico europeo, anche quel Tutto-Soggetto pensato dagli Spaventa, che è lo Spirito, non potrebbe essere senza le molteplici soggettività.
Ciò che per gli Spaventa permette alla filosofia europea di progredire, e che potrebbe fungere oggi da guida per una più completa integrazione fra le identità europee, è l'avere consapevolezza di se stesse, accogliendo contemporaneamente il patrimonio delle altre nazioni.
La «circolazione del pensiero europeo» spaventiana, mette in evidenza quanto il sapere filosofico sia progredito nella sua speculazione spostandosi da una Nazione all'altra, contenendo al contempo i singoli progressi filosofici manifestatisi nelle diverse soggettività del contesto europeo.
Considerare l'Unione europea come un Tutto al quale si concorre collaborando con le altre Nazioni che ne fanno parte, sembra poter scongiurare il rischio avvertito nel XXI di perdere quelle particolari peculiarità, legate a quella soggettività che è la nazione di appartenenza, vista la adesione ad una più complessa e vasta unità che è l'Unione Europea.
La 'circolazione del pensiero europeo' dimostra che vi è una unica identità filosofica europea, e può quindi essere la base da cui partire per lo sviluppo di una identità europea che conduca

[83] B. Spaventa, *Prefazione a Logica e metafisica*, in *Opere*, cit., 1786.
[84] *Ivi*, p. 1775.
[85] *Ibidem.*
[86] B. Spaventa, *Dalla Nazionalità della filosofia,* in *Opere*, cit., 1199.
[87] *Ibidem.*
[88] B. Spaventa, *Principi di Etica*, in *Opere*, cit., 743.

Issn 2421-0528

alla riscoperta, ancora una volta, di un pensiero comune europeo.

Abstract. Silvio (1822-1893) e Bertrando (1817-1883) Spaventa dedicano particolare attenzione alla questione della «circolazione del pensiero europeo». I fratelli Spaventa ritengono che, nonostante il declino della riflessione filosofica negli ultimi secoli, l'Italia possa sviluppare un pensiero originale nel solco della filosofia moderna, da un lato riscoprendo il contributo decisivo degli autori italiani alla nascita del pensiero filosofico moderno e dall'altro facendo proprio lo sviluppo che questo pensiero ha avuto negli altri paesi, culminando nella filosofia classica tedesca. Lo sviluppo di una tradizione filosofica nazionale non è così pensato in rottura con l'idea di una forma di razionalità universale, bensì si arricchisce nella circolazione del pensiero tra le diverse nazioni.

Abstract. Silvio (1822-1893) and Bertrando (1817-1883) Spaventa devoted particular attention to the question of the «circulation of European thought». Notwithstanding the century-long decline of its philosophical tradition, the Spaventa Brothers believed that also Italy could develop its own form of modern philosophical thought. On the one hand, the Italian philosophers must rediscover the decisive contribution given by Italian authors to the birth of modern philosophical thought. On the other hand, they must enrich they reflection by incorporating the development modern thought had in the other European countries, culminating in classical German philosophy. The development of a national philosophical tradition cannot be isolated from the international circulation of thought and is therefore not seen in opposition with the idea of a universal form of rationality.

Parole chiave. Europa – circolazione del pensiero europeo – filosofia – Stato – identità europea.

Key words. Europe – circulation of European thought – philosophy – State- European identity.

IDENTITÀ EUROPEA VS IDENTITÀ NAZIONALE. VERSO INESORABILI E NECESSARI MUTAMENTI COSTITUZIONALI*

di Andrea Napolitano**

Sommario. 1. Il «contrasto» tra identità europea ed identità nazionale quale causa dei mutamenti costituzionali. – 2. I mutamenti costituzionali della c.d. Costituzione economica. – 3. I mutamenti costituzionali della forma di governo nazionale. 4. Considerazioni conclusive.

1. Il «contrasto» tra identità europea ed identità nazionale quale causa dei mutamenti costituzionali. L'ordinamento costituzionale nazionale ha, come quello di tutti gli altri Stati membri, subito una straordinaria evoluzione dovuta al processo di integrazione europea[1] anche, e soprattutto, alla luce dell'affermazione del rapporto stretto tra identità nazionale ed identità europea.

Quest'ultimo è stato, ed è, come è noto, oggetto di un importante dibattito caratterizzato da aspetti politici, culturali e sociali vista la capacità, da parte di entrambe, di influenzarsi e, in casi particolari, entrare in conflitto[2].

Per quanto concerne la comprensione dei significati di entrambe la dottrina ha, nel corso del tempo, sviluppato due visioni.

Mentre la prima si basa sulla convinzione che identità europea ed identità nazionale debbano essere interpretati in modo unitario, immaginandone un'unica idea basata su eredità culturali collettive «passate»[3], l'altra configura una identità europea costruita prescindendo da quella degli Stati, dovendosi proiettare nel «futuro»[4].

Muovendo dalla convinzione che l'identità europea debba essere letta in simbiosi con le

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatore t.d., lett. *b)*, di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli Parthenope.

[1] Cfr. B. Caravita, *Le trasformazioni istituzionali in 60 anni di integrazione europea,* in *Federalismi.it,* 14, 2017.

[2] Come è stato ricordato il concetto di identità può essere considerato tanto in una dimensione individuale, da intendersi quale «nucleo unico che costituisce la personalità di ciascuno e, nel contempo, quella continuità della personalità che consente a ciascuno di poter dire che è se stesso nel corso di tutte le fasi dell'esistenza», quanto in una dimensione collettiva per definire quelle «caratteristiche che derivano al soggetto da un gruppo, con cui condivide determinate caratteristiche e in cui riconosce parte di sé». Cfr. I. Ruggiu, *Giudice antropologo,* Milano, 2012. Cfr. inoltre L. D'Andrea, *Identità culturali e governance europea,* in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo,* Padova, 2012.

[3] Cfr. sul punto Haberle, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali,* Milano, 2006 secondo il quale «l'identità europea comprende ciò che tutte le culture giuridiche europee hanno in comune, ad esempio, i principi del diritto costituzionale europeo» ricordando, altresì, come «l'identità nazionale sia un concetto strettamente connesso con quello di identità europea» in quanto «l"Europa vive della pluralità delle sue nazioni».

[4] Cfr. sul punto Ponzano, *Identità europea e cittadinanza dell'Unione,* in M.C. Baruffi, *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo,* Padova, 2010 il quale cita J. Habermas secondo il quale «bisogna ricondurre il principio democratico nazionale al livello sopranazionale, costruendo uno Stato federale europeo a partire da una nuova identità europea».

identità nazionali[5], essendo il risultato dell'integrazione tra i diversi Stati membri chiamati a convivere in uno «spazio pubblico europeo»[6], la stessa non può non essere considerata l'esito di un processo in continua evoluzione di natura interculturale che, basandosi su esperienze precedenti, si proietta verso il futuro[7].

Il concetto di identità nazionale è stato, come è noto, introdotto con il Trattato di Maastricht grazie al quale, nonostante disposizioni volte a definire ed accrescere il processo di integrazione europea da un punto di vista politico in un'ottica di omogeneità costituzionale[8], viene rispettata e garantita l'identità nazionale degli Stati membri nell'ambito di un governo democratico[9].

Tale statuizione, modificata dal Trattato di Amsterdam[10], ha interessato la dottrina[11] che, in un'ottica di analisi semantica[12] e di sistemizzazione fra i principi basilari dell'Unione, ha indagato la necessità di considerare le parole «identità» e «nazionale» singolarmente o congiuntamente[13].

Nello specifico, infatti, ci si è interrogati in merito alla possibile interpretazione dell'espressione facendo riferimento alla sola sfera culturale e linguistica degli Stati membri o, anche, al sistema costituzionale dei singoli Stati membri[14].

In particolare si è evidenziato come l'inserimento della clausola dell'identità nazionale potesse rispondere e cristallizzare quanto già previsto da alcune Corti Costituzionali che si erano

[5] Cfr. A. Lo Giudice, *Logiche dell'identità,* in AA.VV., *Identità europea e politiche migratory,* 2008, secondo il quale l'identità europea presenta caratteristiche condivise tra persone fisiche e giuridiche il cui processo politico e sociale «conduce alla percezione diffusa, tra i membri di un gruppo, di far parte di un noi».

[6] Cfr. Sul punto L. D'Andrea, *Identità culturali e governance europea,* cit.., 121.

[7] Cfr. L. Degrassi, *Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea,* in *Federalismi.it,* 7, 2018.

[8] Cfr. V. Atripaldi, R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea,* Padova, 2003.

[9] Il riferimento è all'art. F, n. 1 del Trattato il quale stabilisce che «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano su principi democratici».

[10] Nello specifico, infatti, il Trattato di Amsterdam svincola il concetto di identità nazionale dal riferimento al sistema democratico. In modo particolare la prima parte della disposizione è stata dedicata ai principi, stabiliti comunemente dagli Stati membri, su cui si fonda l'Unione, mentre l'ultima all'affermazione del rispetto dell'identità nazionale.

[11] Cfr. T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?,* in *Federalismi.it,* 24, 2014, 10. Al riguardo l'Autrice evidenzia come «la clausola sull'identità nazionale, prevista con una formula dapprima molto laconica, successivamente più estesa ma mai del tutto indicativa del suo reale significato, è stata individuata sin dall'inizio come una disposizione potenzialmente idonea a costituire un limite all'operatività del diritto dell'Unione, tanto che la sua introduzione è stata considerata come una forma di costituzionalizzazione europea dei controlimiti».

[12] Cfr. J.H. Reestaman, *The Franco-German constitutional divide: reflections on national and constitutional identity, in European Constitutional Law Review*, 2009, 377, «identità» ha un significato diacronico e uno sincronico mentre "nazionale" è usato a volte in riferimento a popolo, oltre a Stato. Secondo altri, il termine ha poi una duplice base data da elementi da un lato obiettivi e dall'altro soggettivi. M.C. Ponthoreau, *Constitution europenne et identities constitutionnelles nationales*, 2007, in *Droitcostitutionnel,org*, 4. Sui possibili diversi significati dell'espressione nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano, M. Dogliani, *Costituente e identità nazionale*, in V. Molaschi- C. Videtta (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 1088.

[13] Cfr. A. Celotto, T. Groppi, *Diritto UE e diritto nazionale: primautè vs. controlimiti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com*., 2004, 1309.

[14] Cfr. sul punto T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?,* cit., 10. Al riguardo l'Autrice ricorda come «la prima lettura denota la volontà dell'Unione di rispettare le diverse tradizioni culturali dei popoli europei, astenendosi dal perseguirne l'omologazione e viene avvalorata dal fatto che, con Maastricht, la cultura comunica a trovare espressa menzione nei Trattati. Nella seconda accezione l'espressione allude invece al sistema costituzione degli Stati membri, implicando, in particolare, il divieto che la normativa europea possa contrastare con taluni aspetti dell'ordinamento giuridico statale considerati costitutivi dell'identità nazionale».

pronunciate sui c.d. controlimiti intesi quale limite all'applicazione del diritto europeo[15].
Con l'evoluzione dei Trattati[16] tale clausola ha subito, come è noto, una parziale trasformazione recepita nel Trattato di Lisbona grazie al quale la stessa è stata mantenuta a baluardo delle prerogative nazionali[17] e del processo di integrazione europea[18] ed immaginata nella «struttura fondamentale, politica e costituzionale» degli Stati membri, confermandone il suo ruolo di limite all'applicabilità del diritto dell'Unione[19].
Nel predisporre, in un'ottica di integrazione e non di mera contrapposizione fra ordinamento interno ed ordinamento europeo[20] e, quindi, fra i diversi interpreti del diritto, l'articolo 4 TUE non ha, tuttavia, risolto definitivamente i dubbi sorti in merito agli elementi caratterizzanti l'identità nazionale e, nello specifico, alla possibilità di far coincidere quest'ultima con quella di identità costituzionale[21].
Nel considerare quest'ultima quale insieme di quei principi costituzionali[22] che costituiscono, allo stesso modo, «patrimonio genetico»[23] nonché limite alla revisione costituzionale ed all'integrazione europea, trovando espressione nei c.d. controlimiti le due espressioni non

[15] Cf. sul punto A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005; S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primautè eurounitario,* in *Quaderni Costituzionali*, 2012, 538. Cfr. inoltre D. Simon, *L'identitè constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union europenne*, in L. Burgorgue-Larsen (a cura di), *L'identitè constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, 2011, 29. L'Autore nell'evidenziare come la clausola sull'identità nazionale abbia chiarito i timori, suscitati da alcuni Stati in merito alla perdita della propria sovranità come effetto del processo di integrazione Europea, prende in prestito la metafora della "sindrome di Asterix" cioè del piccolo villaggio gallico che difende le sue tradizioni costituzionali dalle novità introdotte dalle legioni romane.
[16] Il riferimento è alla Carta di Nizza, che considera l'identità nazionale come *tertium genus* rispetto alla dimensione culturale e politico-giuridica degli Stati membri, ed alla Costituzione europea nell'ambito della quale alla clausola viene garantita una definizione volta a ricomprenderne entrambi le dimensioni in quanto garantiva il rispetto da parte dell'Unione Europea dell'identità nazionale dei singoli Stati insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale.
[17] In merito a questo aspetto si ricorda come il Trattato di Lisbona abbia affiancato al rispetto dell'identità nazionale anche il limite delle «funzioni essenziali dello Stato». Sulla clausola delle funzioni essenziali A. Cantaro, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, 510, che ne sottolinea l'autonomia da quella sull'identità nazionale.
[18] Il riferimento è alla scelta di non accogliere gli emendamenti che facevano riferimento alla sovranità. Cfr. sul punto A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1425.
[19] Cfr. sul punto Bilancia, *La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri*, in Bilancia, M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 105.
[20] Cfr. sul punto A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty,* cit., 1425, i quali ritengono che la disposizione costituisca, in particolare, un'attestazione di fiducia nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali.
[21] Cfr. A.Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20, 2018 secondo il quale «identità europea e identità nazionale, con le relative competenze, danno luogo a un dualismo di esistenze sovrane che identificano l'european process, ma che, tuttavia, lo rendono distinguibile dal federalizing process di uno Stato federale, proprio perché quel conflitto è positivizzato in termini indecisi e rafforzato dalla presenza della teoria dei contro-limiti e del diritto di exit. È questo l'aspetto che caratterizza e distingue l'integrazione europea da qualsiasi altra esperienza politico-costituzionale occidentale».
[22] Cfr. sul punto G. Cavaggion, *Nuove e vecchie sfide per i valori europei tra "promozione dello stile di vita europeo" e difesa delle identità culturali*, in *Centrostudisulfederalismo.it*, ottobre 2023, il quale ricorda come i principi costituzionali godano di un particolare *status* essendo «fondamentali (in quanto influenzano e determinano l'interpretazione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso), immodificabili (in quanto la loro revisione, modifica o soppressione finirebbe per minare uno o più dei pilastri su cui il sistema costituzionale si regge) e interconnessi (in quanto devono funzionare secondo una dinamica sinergica, completandosi e definendosi reciprocamente attraverso la tecnica del bilanciamento)». Cfr. inoltre sul punto J. Luther, E. Malfatti, E Rossi (a cura di*), I principi fondamentali della Costituzione italiana*, Lezioni, Pisa, 2002.
[23] Cfr. Bilancia, *The dymamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law*, Milano, 2012.

possono essere considerate come sinonimi quanto, piuttosto, entità distinte e solo parzialmente sovrapponibili non potendo essere perfettamente coincidenti[24].
Il Trattato di Lisbona ha permesso, quindi, di valutare l'odierna versione della clausola non solo come garanzia dei diritti fondamentali e come tutela del pluralismo di cui si caratterizza l'ordinamento europeo ma anche, e soprattutto, come «forma di costituzionalizzazione europea dei controlimiti»[25], nonchè strumento destinato ad avvalorare il dialogo tra Corte di Giustizia e Corti nazionali[26] in un'ottica di valorizzazione del processo di integrazione tra ordinamenti[27] «separati ma collegati»[28].
L'«embricazione costituzionale»[29] tra ordinamenti statali ed europeo è stata, inoltre, da tempo, considerata insieme al processo di unificazione europea ed al c.d. *federalizing process*[30], tra le cause più rilevanti dei mutamenti costituzionali che si sono verificati nel corso degli anni, dai quali è derivata una profonda evoluzione dell'ordinamento nazionale[31].
E' noto, infatti, come i sistemi costituzionali siano sempre più assoggettati a incessanti mutamenti derivanti da una pluralità di elementi di natura politica, giuridica, economica e sociale, dai cui deriva una adeguata e spontanea evoluzione degli stessi nel rispetto del nucleo

[24] Cfr. sul punto T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?,* cit, 10. Al riguardo l'Autrice ha evidenziato come «L'identità costituzionale può essere infatti considerata come l'insieme di quei principi costituzionali che costituiscono un limite sia all'integrazione europea, sia alla revisione costituzionale, trovando espressione nei c.d. controlimiti. La sua determinazione è rimessa alle Corti nazionali e può quindi presentare aspetti di netta differenziazione fra uno Stato membro e l'altro. L'identità nazionale è invece un concetto europeo. I suoi elementi costitutivi non coincidono necessariamente con i principi espressi dalla Costituzione ma si possono ricavare anche dalla giurisprudenza e dai Trattati. Si può supporre che vi siano ricomprese le funzioni essenziali dello Stato di cui all'art. 4 n. 2 TUE ma non è escluso che vi rientrino anche altri aspetti, perché ascrivibili ad un minimo comune denominatore europeo».
[25] Cfr. sul punto T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, cit., 10.
[26]Cfr. sul punto A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, cit., 1447, che considerano il dialogo un'espressione del principio di leale collaborazione che, enunciato dallo stesso art. 4 TUE, deve trovare applicazione anche nei rapprorti tra le Corti. Cfr. inoltre R. Caponi, *La tutela dell'identità costituzionale degli Stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai "controlimiti"*?, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 924.
[27] Cfr. sul punto G. Caponi, V. Capuozzo, I. Del Vecchio, A. Simonetti, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, *Federalismi.it*, 24, 2014.
[28] Cfr. Corte cost., sent. n. 183/73 e sent. N. 170/84.
[29] Cfr. A.Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20, 2018.
[30] C. J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia,* Vicenza, 1952; B. Caravita, *Il federalizing process europeo*, in *Federalismi.it*, 17 febbraio 2004, 1.
[31] Come è stato evidenziato in dottrina per mutamento costituzionale si intende, generalmente, la trasformazione di fatto di diritto di una Costituzione, muovendo da una differenziazione rilevante, da punto di vista giuridico, tra il testo scritto ed il contesto di riferimento in assenza di una legge di revisione costituzionale. Per una analisi più approfondita Cfr. tra i tanti C. Mortati, (voce) *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 197; V. Teotonico, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 3, 2014; *S. Bartole*, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1, 2019; R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Dir. cost.*, 1, 2020, 23, il quale, parlando di mutamenti costituzionali fa riferimento a «quanto è avvenuto nelle interpretazioni, nell'applicazione e nell'attuazione della Costituzione» Cfr. inoltre V. Onida, *Editoriale*, in *Quad. cost.*, 1994, 347, il quale, evidenziando come non tutti i mutamenti siano uguali, evidenzia come occorrerebbe distinguere tra quelli «che investono propriamente il tessuto costituzionale e quelli che riguardano altre variabili dell'assetto politico-istituzionale». Cfr. infine Cfr. A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, cit., 20, 2018. Al riguardo l'Autore evidenzia come «questa meta può essere raggiunta non solo per mezzo di atti-fonte, come la legislazione ordinaria e financo quella di rango costituzionale, che della costituzione scritta riformulino i contenuti prescrittivi senza espressamente modificarli, ma anche mediante fatti giuridici o normativi, come le consuetudini o non normativi come la prassi o le convenzioni, che realizzino comportamenti disomogenei rispetto a quelli prefigurati nella Costituzione scritta».

dei principi fondamentali che danno identità agli ordinamenti stessi[32].

2. I mutamenti costituzionali della c.d. Costituzione economica. Le parti della Costituzione che sono state, senza dubbio alcuno, oggetto dei più rilevanti mutamenti derivanti dal processo di integrazione europea sono quelle riguardanti la c.d. Costituzione economica e la forma di governo.

È pacifico infatti, come anche l'economia possa senza dubbio essere considerata un elemento imprescindibile dell'identità europea vista la possibile declinazione plurale del significato e la natura prettamente economica delle prime Comunità europee.

La presenza pubblica nell'economia accanto a quella privata, legittimata dagli articoli 41 e 43 Cost., considerata per molti anni del tutto naturale, ha subito, come è noto, un rilevante ridimensionamento in considerazione dell'impatto dei Trattati europei che si sono susseguiti e di una nuova visione di mercato, inteso quale motore della crescita economica e sociale di uno Stato.

La rinuncia alla sovranità economia ha comportato, di conseguenza, la scelta di rispecchiarsi nell'identità economica europea, il periodo delle privatizzazioni[33] e la formulazione di «nuove disposizioni costituzionali»[34] che hanno recepito il principio dell'economia sociale di mercato[35].

L'intervento delle disposizioni europee in materia è stato, infatti, finalizzato alla costruzione di un mercato unico ed alla necessità di arginare l'impostazione dei singoli Stati basate su un forte intervento pubblico e sul mantenimento di situazioni di forte interventismo statale, anche in ipotesi non strumentali alla realizzazione di finalità sociali[36].

La valorizzazione della libera concorrenza ha, quindi, messo fine alla figura dello Stato imprenditore facendo emergere, allo stesso tempo, una rinnovata visione di intervento pubblico nell'economia «in» modo «conforme» al mercato, ritenuto il prodotto della regolazione pro-concorrenziale o *market making*[37], regolando e promuovendo la concorrenza attraverso organismi pubblici indipendenti, dal Governo e dal settore economico regolato,

---

[32] Cfr. sul punto S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione,* Bologna, 2004 il quale evidenzia come le modifiche tacite sviluppatesi nel Corso degli anni siano state costituzionalmente compatibili ricordando come «in linea di massima i risultati raggiunti sono andati ad incorporarsi nella Costituzione senza che ne risultasse compromessa la legittimazione». Cfr. inoltre M. Calamo Specchia, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 286, che fa riferimento ad una serie di trasformazioni costituzionali che possono tradursi in transizioni costituzionali intrasistemiche. Nello specifico, nell'accogliere una nozione «neutra» di transizione costituzionale l'Autrice parla di un «un concetto di transizione non correlato al trapianto di principi dii matrice liberale in ordinamenti in corso di evoluzione, ma inteso come fenomeno di carattere procedurale che consente ai regimi impiantatisi in alcune esperienze costituzionali di subire trasformazioni e ibridazioni tanto da discostarsi dal modello originario, pur insistendo nell'ambito di una cornice statale non autocratica».

[33] Per un inquadramento generale delle privatizzazioni cfr. Marchetti, *Le privatizzazioni in Italia,* Milano, 1995; E. Bani, C. Carcelli, M. B. Pieraccini, *Privatizzare,* Padova, 1999; M. Clarich, A. Pisaneschi, (voce) *Privatizzazioni,* in *Dig. disc. pubbl.,* Torino, 2000, 432; F. Bonelli, M. Roli, (voce) *Privatizzazioni,* in *Enc. dir.,* IV, agg. Milano, 2000, 994.

[34] Cfr. G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità,* cit., 339.

[35] Cfr. sul punto G. Amato, *Il mercato nella Costituzione,* in AA.VV., *La Costituzione economica,* Padova, 1997, 19; Damiani, *Elementi di diritto pubblico dell'economia,* Roma, 2009, 17; F. Felice, *L'economia sociale di mercato,* Catanzaro, 2009, 75.

[36] Cfr. sul punto G. Di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 1, 2004. Sul punto l'Autore parte di un «*work in progress* che parte da Roma e arriva a Maastricht ed oltre» per evidenziare l'evoluzione sovranazionale in materia che ha avuto, come è noto, come "spartiacque" proprio il Trattato di Maastricht.

[37] Cfr. N. Irti, *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996, 232.

dotati di poteri autoritativi[38].
L'impostazione immaginata, in ambito economico, dai Costituenti del 1948 è stata, di fatto, aggiornata dall'inserimento nell'ordinamento nazionale della politica pro-concorrenziale, proveniente dal diritto europeo, che non ha trovato un limite esplicito nelle norme costituzionali in materia che tutelano in maniera imprescindibile le finalità sociali derivanti dalle attività economiche.
Sulla base di tali considerazioni, parte della dottrina[39] è arrivata a sostenere un mutamento radicale della Costituzione economica italiana, anche in assenza delle opportune modifiche costituzionali[40], quale conseguenza della sovrapposizione[41] con la c.d. Costituzione economica europea[42].
Si tratta di un modello caratterizzato dalla presunzione che le norme europee siano indirizzate verso un'economia di mercato basata sulla tutela della concorrenza nel mercato interno ed il perseguimento della «coesione economica europea» che deve essere costantemente aggiornato proprio in considerazione dell'integrazione europea, fondata sul primato del

[38] Per un'analisi più approfondita dello Stato regolatore si rinvia a titolo esemplificativo a S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e* deregulation*,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1991, 378; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1996, 579; V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore,* in *Pol. dir.,* 1997, 627; D. Piacentino, *Le autorità indipendenti di regolamentazione e l'organizzazione dell'intervento pubblico in economia,* in S. De Nardis (a cura di), *Le privatizzazioni italiane,* Bologna, 2000, 305; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore,* Bologna, 2000, 27; F. Di Porto, *Regolazione di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico,* in *Mercato, regole, concorrenza,* 2003, 201.
[39] Cfr. G. Grottanelli De' Santi, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica,* in *Scritti in onore di Alberto Predieri,* Milano, 1996; L. Azzena, *Le regole (mutevoli) della Costituzione economica,* in *Studi in onore di Alessandro Pizzorusso,* Torino, 2005, 151-150. Al riguardo deve però evidenziarsi come le norme della Costituzione economica siano comunque strettamente collegate alle finalità sociali di tutela dei diritti e di promozione sociale, cui l'intera Costituzione è orientata.
[40] Cfr. S. Cassese, *Dubbi e interrogativi sulla Costituzione economica,* in M. D'Antonio (a cura di), *La Costituzione economica, Ricerca dell'Isle,* 1985, 135, che tra le varie ipotesi di riforma della Costituzione economica già proponeva di prendere atto nella Costituzione formale dell'adesione italiana alla Comunità economica europea, di riconoscere costituzionalmente dei poteri pubblici ma neutrali, di sancire costituzionalmente regole sulle autorità *antitrust.*
[41] La «possibile» sovrapposizione della Costituzione economica europea a quella nazionale parrebbe, quindi, compatibile con la formula flessibile, prevista dalla Costituzione economica nazionale, in merito alle forme di organizzazione, sulla base di una condivisione delle finalità sociali tra pubblici poteri nazionali e ordinamento interno, in quanto, in caso di contrasto, la normativa europea parrebbe esposta all'applicabilità della teoria dei controlimiti.
[42] Sul punto è stato infatti evidenziato come «questa confusa nozione, priva di fondamento normativo espresso costituisce o può costituire soltanto il veicolo concettuale attraverso cui diffondere e rendere ovvia la tesi secondo cui vi sono regole fondamentali in economia: tali regole sono quelle proprie del mercato e della concorrenza». N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28. Cfr. inoltre sul punto L. Torchia, *La nuova costituzione economica*, in *L'Amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), Bologna, 1994; G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economica*, Milano, 1998; S. Cassese, *La costituzione economica europea* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2001, 6. Sul punto l'Autore ricorda come i principi e le prescrizioni previste dalla costituzione economica europea siano rivolti non solo ai cittadini europei ed alle istituzioni europee, ma anche agli Stati nazionali. Cfr. G. Di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo,* in *Dir. pubbl. com. eur.*, 4, 2003, 1790. Cfr. inoltre sul punto C. Joerges, *The market without the State? The economic constitution of the European community and the rebirth of regulatory politics, European Integration Online Papers*, I, n. 19, 1997; S. Ortino, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995; G. Della Cananea, *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. fin, sc. fin.*, 4, 2001; S. Cassese*, La Costituzione economica europea,* cit., 6. *Contra* N. Irti*, L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28, che nega a che a livello sovranazionale possa parlarsi di costituzione economica ma solo di «decisione di sistema», perché «non adottata nell'esercizio di potere costituente» che aprirebbe «un affascinante paradosso: una decisione di sistema, regolatrice di immane spazio, capace bensì di impedire l'applicazione del costituzionale art. 41, ma tuttavia inidonea, per intima debolezza di consenso, ad elevarsi a dignità di costituzione economica».

diritto europeo su quello interno[43].
I contrasti che si sono avuti nel corso degli anni tra «Costituzione economica italiana» e «Costituzione economica europea», risolti in un primo momento sulla base delle limitazioni della sovranità nazionale *ex* art.11 Cost.[44] temperata dai cd. controlimiti, devono oggi trovare definizione attraverso una proficua interazione tra forme di intervento sociale nazionale con quelle europee[45].
Al riguardo è stato opportunamente evidenziato come l'interazione tra gli ordinamenti nazionali e la sfera europea non si struttura semplicemente come limitazione della sovranità statale o comunque suddivisione delle competenze, ma tende a configurarsi come confronto sulla concezione dello Stato sociale e di una sua evoluzione verso la definitiva affermazione di un ordinamento sociale europeo[46].
Sulla base del principio dell'economia sociale di mercato introdotto, come è noto, dall'art. 2 TUE dal Trattato di Lisbona, è quindi possibile evidenziare come l'attuale Costituzione economica italiana debba ispirarsi a tale con la diretta conseguenza che i principi

[43] Per questo motivo parte della dottrina ha evidenziato come la nozione di costituzione economica europea non possa univocamente essere riferita ad una serie di disposizioni precise ma ad un complesso di norme e principi che permeano le costituzioni degli stati membri andando ad influenzare lo spazio costituzionale europeo. Cfr. G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica,* Bologna, 1996; E. Varani, *Giurisdizione e spesa pubblica. In margine all'attuazione dell'art. 81 cost.,* Padova, 1997; F. Sorrentino, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana,* in L. Carlasse, (a cura di) *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in europa, Atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997,* Padova, 1998; G. Di Gaspare*, Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 15; A. D'Aloja, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel diritto costituzionale comune (europeo e nazionale)*, in V. Tondi Della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di) *Corte Costituzionale e processi di decisione politica, Atti del Seminario di Otranto – Lecce, 4-5 giugno 2004,* Torino, 2005; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it,* 25 ottobre 2011.
[44] Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a M. Cartabia, L. Chieffi, *Art.11,* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione,* I, Torino, 2006, 287; L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia,* in L. Mezzetti (a cura di), *Costituzione economica e libertà di concorrenza,* Torino, 1994, 221; V. Cocozza, *Riflessioni sulla nozione di costituzione economica,* in *Dir. econ.,* 1992, 412. Cfr. inoltre sul punto Corte cost., sentt. n. 284/2007, n. 349/2007 che ha affermato come «l'art. 11 cost., prevedendo che l'Italia 'consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni', ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento».
[45] Cfr. E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana,* in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni, Le ragioni del diritto,* Milano, 1995.
[46] Cfr. F. Monceri, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea,* cit., 137. Cfr. inoltre G. Napolitano, *La Costituzione economica,* in *Percorsi Costituzionali,* 2, 2009, 45, secondo il quale «l'ordinamento comunitario ha dispiegato un'influenza profonda sulla costituzione economica italiana. Ha contribuito a proteggere la libertà di impresa anche dagli attenti privati alla concorrenza, ha impedito illegittime discriminazioni tra operatori economici da parte dello Stato, ha imposto o comunque incentivato la liberalizzazione di molti settori, a cominciare dai servizi a rete, determinando così un'interpretazione restrittiva delle condizioni che possono consentire l'introduzione di regimi di riserva. Più diretta è stata l'influenza sul sistema di welfare. L'ordinamento europeo ha comunque indotto lo Stato a preoccuparsi maggiormente della insostenibilità finanziaria di molte prestazioni pubbliche e delle disparità di trattamento tra uomini e donne e tra generazioni presente e generazioni future». *Contra* G. Di Plinio, *La Costituzione economica,* in *Percorsi Costitzionali,* 2, 2009, 43. Secondo l'Autore «La nuova Costituzione economica europea, muovendosi nella stessa direzione della irresistibile spallata che la globalizzazione ha dato alle costituzioni economico keynesiane, ha un doppio effetto sulla Costituzione italiana. Da un lato smantella il modello socio-interventista che essa originariamente accoglieva, trasformandolo in fiscal constitution, dall'altro introduce un framework con effetto di enforcement, rendono vincolanti per il governo, parlamento, regioni e autonomie locali le nuove regole, le quali sono giustiziabili davanti alle Corti, ai diversi livelli. Nella nuova costituzione economica le scelte politiche si misurano in termini quantitativi. Il PIL diventa un bene costituzionalmente protetto. Disavanzo, debito eccessivo e inflazione sono vietati e sanzionati. […] Ancora: la presenza pubblica nelle attività economiche viene smontata come i pezzi di un meccano, ma la privatizzazione è un'arte e deve generare effetti economici virtuosi: peccato che nel nostro Paese, patria di artisti, manchino proprio quelli che sanno privatizzare».

costituzionali in materia economica debbano desumersi non più solo dalla Carta Costituzionale, ma anche e soprattutto dai Trattati europei[47].
Al riguardo si ricorda come la revisione costituzionale del 2001 abbia inciso profondamente sulla Costituzione economica nazionale, includendo «il mercato», prima assente, e facendo in modo che la tutela della concorrenza, sottoposta alla potestà esclusiva dello Stato, debba essere strettamente collegata alla giustizia sociale al fine di essere da essere considerata precisazione del principio dell'economia sociale di mercato, in virtù del quale la produzione di beni e servizi sia affidata a soggetti privati all'interno di un mercato aperto e concorrenziale, regolato, al tempo stesso, dai pubblici poteri, in modo da tutelare e promuovere il raggiungimento di finalità sociali[48].
Il mutamento sulla c.d. Costituzione economica, dal quale ne è derivata una trasformazione della forma di Stato sociale[49], concepita dai Costituenti quale modello volto a garantire il godimento dei diritti sociali ed il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale in modo più ampio possibile, ha, quindi, trovato nel modello europeo basato sulla centralità del mercato concorrenziale e sulle politiche di *austerity*[50] , un limite stringente al punto da rendere

[47] Come è stato sottolineato, infatti, tra Costituzione e Trattati si è nel tempo sviluppata una «feconda relazione di natura circolare caratterizzata da reciproche influenze e mutui condizionamenti in virtù dei quali, se da un lato, l'adesione dell'Italia all'attuale Unione Europea ha influenzato l'interpretazione e la revisione della Costituzione italiana, dall'altro lato, questa, congiuntamente alle costituzioni degli altri Stati membri, ha prodotto importanti innovazioni sul terreno dei valori sociali in seno all'ordinamento comunitario». Cfr. G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità,* cit., 341; Damiani, *Elementi di diritto pubblico dell'economia,* cit., 15.

[48]In questo modo può infatti essere letto il riferimento, contenuto nell'art. 117 Cost. alla «tutela della concorrenza» nelle materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato al fine di attribuire, allo stesso, un potere legislativo orientato ad una uniformità sull'intero mercato nazionale· L'art. 117 Cost., avvalorando quell'interpretazione estensiva dell'articolo 11 Cost., secondo la quale la stessa norma costituzionale avrebbe costituito il varco per l'ingresso del principio concorrenziale nel nostro ordinamento dovrebbe quindi essere considerato la disposizione che legittimerebbe l'accesso, nel nostro modello costituzionale, di un'economia perfettamente concorrenziale. Cfr. C. Marzuoli, *Mercato e valore dell'intervento pubblico* in *Le Regioni,* 1993, 1593*;* G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., 40*;* A. Perini, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione,* in *Dir. e soc.,* 1997, 237; Bilancia, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive,* in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea a cura di* A. Catalani, S, Labriola, Milano, 2011, 322. *Contra* A. Pace, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?* in *Giur. cost.,* 1999, 2968. Secondo l'Autore «se la Costituzione all'art. 41 non avesse riconosciuto o non avesse avuto le virtualità sufficienti per inglobare anche in un momento successivo la libertà di concorrenza, sarebbe mai stato possibile il recepimento del valore di tale libertà, nel nostro ordinamento, da parte dell'ordinamento comunitario, per il solo tramite dell'art. 11 Cost., il quale consente bensì reciproche possibili limitazioni della sovranità, ma non modifiche della forma di Stato?». Acquisita anche grazie ad interventi giurisprudenziali, tale previsione ha portato, secondo parte della dottrina, alla «recezione formale, attraverso la definitiva sostituzione della logica della separazione tra i due ordinamenti con la logica della integrazione, della *primautè* del diritto comunitario, il cui principio istituzionale i base è proprio il principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza», derivandone da ciò, «una riconsiderazione più attenta della valenza costituzionale del principio della concorrenza aggiornata ai principi dell'ordinamento comunitario». L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Tiolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative,* cit., 371. Secondo l'Autrice, inoltre, la disposizione debba essere letta nell'ottica di una revisione della Costituzione riconducibile all'organizzazione dei pubblici poteri in una «rinnovata logica di *actio finum regundorum* tra Stato ed autonomie territoriali», non andando, di fatto, a pregiudicare quanto previsto dall'articolo 41 Cost. in materia.

[49] Cfr. Bilancia, *La nuova* governance *dell'Eurozona e i"riflessi" sugli ordinamenti nazionali,* in *Federalismi.it,* 23, 2012; Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea,* in *Rivista AIC,* 3, 2014, 7.

[50] Cfr. sul punto A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, cit., 86. Secondo l'Autore il protrarsi della crisi economica e le politiche europee di *austeriry* devono essere considerati un «mix terribile che, di fronte a un trend inarrestabile in crescita della spesa sociale in connessione al prolungamento della vita media e della bassa fertilità e alla diminuzione della popolazione in età lavorativa aggrava il problema

necessario l'intervento di alcune Corte Costituzionali, in particolare quella italiana[51], chiamate a chiarire come i principi fondamentali che costituiscono il c.d. patto sociale debbano essere considerati irrinunciabili ed inviolabili[52].

La difficilissima crisi dello Stato sociale[53] e l'affermazione di forze sentimenti antieuropei hanno, come è noto, reso necessario un ripensamento del modello di economica europeo portando alla proposta di revisione dei Trattati basata sulla "costituzionalizzazione" della dimensione sociale proprio grazie all'attribuzione, all'Unione Europea, di competenze specifiche in materia di diritti sociali[54] e di perequazione proiettata verso una prospettiva di maggiore solidarietà tra Stati, ad un processo di integrazione politica e sociale e di attuazione effettiva del modello di economia sociale di mercato[55].

della sostenibilità del *Welfare State*». Cfr. inoltre sul punto Cfr. F. Scuto, *Il Governo dell'economica nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea.,* cit., 304, secondo il quale gli interventi dell'Unione in materia di diritti sociali siano stati fondati «non già su una ratio sociale e solidaristica, bensì su un approccio individuale e consumeristico».

[51] Cfr. sul punto F. Gabriele, *Conclusioni,* cit., 197. Secondo l'Autore la Costituzione italiana, in materia economica, delinea «la premessa e il contesto in cui tutto, di un ordinamento, e, quindi, anche il governo dell'economia è, o dovrebbe essere, svolgimento, sviluppo, ed attuazione dei suoi valori e dei suoi principi».

[52] Cfr. F. Scuto, *Il Governo dell'economica nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea.,* cit., 321.

[53] Come è stato sottolineato la crisi dello Stato sociale non rappresenta «solo il fallimento di un modello politico dell'economia che vanta il merito storico di aver consentito l'equilibrio sociale in regime capitalistico, ma rappresenta anche l'appannamento di un'idea di Stato costituzionale che, assumendo la dignità dell'uomo come suo fondamento storico-culturale, ne ha demandato la promozione e il relativo sviluppo all'effettività di una scala di valori e di principi irrinunciabili». Cfr. S. Gambino, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico,* cit. Cfr. inoltre M. Luciani, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale,* in *Rivista Aic,* 2, 2011; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio, in Costituzionalismo.it.* In senso analogo anche G. Luchena, *La socialità comunitaria e i "valori-base" della Costituzione nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, cit., 604, il quale sottolinea come l'attuale modello economico europeo, caratterizzato da una sorta di precarietà in quanto «affidato, almeno in parte, ad intese e accordi da raggiungere, di volta in volta, specie in momento di situazioni particolari, e caso per caso», si è caratterizzato, nel corso di questi ultimi anni, per una eccessiva attenzione agli aspetti finanziari a discapito di istanze sociali, condannando, altresì, gli Stati membri a rinunciare al loro compito di promotore dell'uguaglianza e di diritti sociali. Cfr. infine sul punto A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo, in* A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea. Quad. Rass. Dir. pubbl., eur.,* 2009, 299, che sottolinea «un deficit genetico alla base di diritti sociali e del diritto sociale europeo che risente dell'incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere».

[54] F. Scuto, *Il Governo dell'economica nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea,* cit., 300. Secondo l'Autore «l'intervento dell'Unione si potrebbe inizialmente configurare come un intervento armonizzante, volto ad individuare una soglia minima di tutela di determinati diritti sociali al di sotto della quale non sarebbe consentito agli Stati membri di comprimere detti diritti, indipendentemente dalla congiuntura economica più o meno favorevole». Cfr. inoltre sul punto Cfr. A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo,* in *Diritto pubblico europeo Rass. On line,* 1, 2015, secondo il quale «la ripresa del processo costituente europeo non può non passare anche dalla costituzionalizzazione dell'Europa sociale», in quanto «proprio nella congiuntura della crisi economica il salto di qualità dell'integrazione politica e sociale è ancora più necessario dal momento che unità economica ed unità politico-sociale costituiscono un'endiadi poiché non possono reggere l'una senza l'altra».

[55] Cfr. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale,* cit. 46. Secondo l'Autrice l'economia sociale di mercato va inteso come un modello economico che si propone di obbligare gli Stati a «operare per una giustizia sociale ed un avanzamento dei ceti più deboli, anche attraverso possibili forme di programmazione economica, che salvaguardino, tuttavia, l'esercizio della libertà d'impresa». Sul punto cfr., altresì, D.U. Galetta, *La tutela dei diritti fondamentali nel diritto U.E.,* in E. Castorina (a cura di) *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo,* Napoli, 2016, 130. Secondo l'Autrice l'economia sociale di mercato «non è una formula vuota, ma

In questa prospettiva l'approvazione del c.d. Pilastro europeo aveva costituito un fondamentale punto di partenza per immaginare un nuovo modello capace di «colmare il gap sociale accresciuto dalla crisi economica e perforato dai fenomeni ormai strutturali della globalizzazione»[56].

Lo scoppio della pandemia da Covid-19 ha, come è noto, rallentato tale processo ma, al tempo stesso, obbligato l'Unione europea ad intervenire, legittimando, seppur in via temporanea, interventi straordinari, non pienamente conformi alle «leggi del mercato»[57], destinati a sostenere i singoli Stati nell'affrontare le attuali difficoltà.

Lo spirito solidaristico dimostrato dall'Unione europea, chiamata ad agire quale attore geopolitico comune[58] ha quindi permesso ad ogni Stato membro di intervenire, anche in maniera autoritativa, e valorizzare il «proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo»[59].

L'irrompere della pandemia ha, quindi, accelerato tale condizione e radicalmente mutato lo scenario di riferimento alla luce delle misure introdotte dall'Unione europea[60] che sembrerebbero superare, definitivamente, quel modello basato su politiche europee di austerity che hanno impattato, in maniera negativa, sui sistemi di welfare e protezione sociale dei singoli Stati[61].

Si tratta di scelte cruciali che hanno permesso agli Stati membri di fornire sostegni alle imprese colpite dalla crisi anche in un'ottica di tutela dell'occupazione e dei diritti sociali che sono stati considerati preminenti rispetto alle logiche di bilancio.

Ad avvalorare e rendere maggiormente visibile questo cambio di paradigma improntato verso un intervento pubblico nell'economia connesso a finalità di carattere sociale è stata, però, l'approvazione del Piano *Next Generation EU* che può senza dubbio considerarsi lo strumento più innovativo e ricco di potenzialità e dalla cui applicazione su scala nazionale può evincersi un importante nesso con i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale della nostra

---

l'enunciazione di un principio che dovrà essere tradotto in regole applicative concrete. Con questa formula, certamente si riconoscono i meriti dell'economia di mercato nel favorire lo sviluppo, ma la concorrenza, che mai è stata affermata come un valore, è qui confermata nella sua natura di mero strumento». Cfr. inoltre sul punto G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi,* in *Europa e Diritto privato,* 2011, 3, secondo il quale la concorrenza, in precedenza, rappresentava un valore.

[56] Cfr. P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali,* in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo,* in *Federalismi.it,* 4, 2018, 10.

[57] Cfr. sul punto F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 7.

[58] Cfr. D. Ceccarelli Morolli, *Appunti di geopolitica*, Roma, 2018, 211.

[59] Cfr. A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei,* in Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale effetti della globalizzazione,* in *Federalismi.it,* 5, 2019, 165.

[60] Il riferimento è, come è noto, alla sospensione temporanea del Patto di stabilità e crescita ed all'allentamento dei vincoli esistenti in ambito europeo derivanti dalla scelta di derogare alla rigida disciplina dell'Unione sugli aiuti di Stato. Per un'analisi più approfondita si rinvia, tra i tanti, a Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia, Consulta on line*, 2020; C. Marchese, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà,* in *Rivista Aic*, 1, 2021.

[61] La sempre maggiore rilevanza e centralità del mercato quale caratteristica di un nuovo modello di costituzionalismo ha «svilito», come è noto, quelle norme costituzionali poste a fondamento dello Stato sociale. Cfr. tra i tanti Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea,* in *Rivista AIC,* 3, 2014, 7; F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio,* cit., 25 il quale ricorda come «il nascente governo comune dell'eurozona si è affermato all'insegna dell'introduzione di rigide regole di bilancio, peraltro, non scarsamente legittimate da un punto di vista democratico che hanno imposto politiche nazionali di rigore che a loro volta hanno impattato negativamente sui sistemi di welfare e protezione sociale nazionale».

Costituzione[62].
Dall'applicazione dello stesso su scala nazionale ad opera del c.d. *PNRR*[63] può infatti derivare un nuovo approccio (basato sula transizione verde e quella digitale, l'occupazione e la crescita sostenibile, la coesione sociale e territoriale, la salute, la resilienza economica e sociale e le politiche per la «prossima generazione»[64]) dell'Unione europea indirizzato al sostenimento ed al rafforzamento della tutela dei diritti sociali in una dimensione sovranazionale[65].
Si tratta, di una nuova logica innovativa di intervento dello Stato (e, di fatto, dell'Unione) nell'economia basato non solo sull'erogazione di prestiti a condizioni favorevoli ma, soprattutto, su fondi e convenzioni in un'ottica di solidarietà tra Stati e di riequilibrio delle risorse interne nell'ambito dell'intera Europa[66].
Tale condizione può, infatti, essere considerata perno fondamentale di un nuovo modello di crescita e sviluppo di lungo periodo capace di permettere agli Stati membri una ripresa duratura ed attenta all'utilità sociale, all'eguaglianza sostanziale ed alle esigenze delle istanze e delle prospettive di futuro dei cittadini europei.

3. I mutamenti costituzionali della forma di governo nazionale. L'attuazione del *PNRR* si innesta, inoltre, nell'ambito dell'altro mutamento costituzionale, la sempre maggiore verticalizzazione della forma di governo parlamentare, circostanza che ha generato un conseguente rafforzamento dell'esecutivo, in modo particolare del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dell'economia a discapito degli organi rappresentativi nazionali[67],

---

[62] Cfr. F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio,* cit., 30. Cfr. inoltre E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti*. Dinamiche dei processi normativi in campo di crisi, Napoli, 2022, 30, che al riguardo parla di «modello proto-federale di governance dell'economia» nonchè di «modello costituzionale inedito nel processo d'integrazione europea in materia economica e finanziaria».

[63] Per una analisi approfondita dell'impatto del PNRR in riferimento all'inclusione sociale, ed in modo particolare alla parità di genere, alla protezione ed alla valorizzazione dei giovani ed al superamento dei diversi territoriali cfr. A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divaario Nord-sud*), in *Le Regioni*, 1, 2, 2021, 199.

[64] Per un'analisi più approfondita si rinvia a R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale,* Milano, 2008. Al riguardo l'Autore immagina la responsabilità intergenerazionale come «le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti». Cfr. inoltre sul punto F. Balaguer, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016; A. Papa, G. Palombino, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018.

[65] Cfr. sul punto L. Pasqui, *Un'altra emergenza per l'Unione europea: tra intervento pubblico e governance*, in *Dir. Pubbl. europeo Rassegna on line,* 2, 2020; M. Mazzuccato, *Missione economica. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari-Roma, 2021. Al riguardo l'Autore auspica lo sviluppo di una nuova economia politica fondata su un ruolo di protagonista dello Stato nella «co-creazione» e nell'orientamento dei mercati, andando oltre l'idea di poter solo porre rimedio ai loro fallimenti.

[66] Cfr. F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio,* cit., 120 secondo il quale «questo cambio di paradigma rappresenta un'occasione epocale per ripensare il ruolo dello Stato (e dell'UE) nell'economia e per rendere strutturale un nuovo approccio dell'Unione che non sia più orientato prevalentemente (se non esclusivamente) al mercato e alla tutela delle quattro libertà ma che leghi l'intervento pubblico alle esigenze di equità sociali e a tutela dei diritti sociali. Se si andasse effettivamente in questa direzione si tratterebbe di una nuova, fondamentale, tappa del processo di integrazione europea che avvicinerebbe, peraltro, i principi fondanti della nostra Costituzione economica orientati al progresso sociale a quelli della Costituzione economica europea in cui l'impianto dell'economia sociale di mercato delineato dai Trattati acquisirebbe una centralità che sino ad oggi non è stata riconosciuta».

[67] Cfr. S. Fabbrini, *Introduzione. L'europeizzazione: teorie, comparazioni e implicazioni per l'Italia,* in S. Fabbrini (a cura di), *L'europeizzazione dell'Italia. L'impatto dell'Unione europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Roma-Bari, 2003, 3,

rendendo il Parlamento nazionale colpevolmente marginalizzato e considerato mero esecutore della volontà dell'esecutivo[68].

Si tratta di un tema, quello degli effetti del processo di integrazione europea sulla forma di governo parlamentare che è da sempre[69] oggetto di attenzione della dottrina che si è occupata della «europeizzazione» della forma di governo nazionale[70] parlando di intreccio stretto tra forma di governo italiana ed europea, di Costituzione composita dei poteri[71], di sovranità condivisa[72].

Nello specifico, infatti, i governi nazionali sono chiamati a rappresentare «ufficialmente» l'interesse nazionale, facendo in modo che lo stesso sia tenuto in adeguata considerazione nell'ambito del processo decisionale dell'Unione Europea[73].

secondo il quale «le dinamiche interne alla UE sono divenute parte della logica organizzativa degli ambiti che costituiscono la struttura istituzionale nazionale». Cfr. inoltre sul punto A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee,* Torino, 2007; T.E. Frosini, C. Bassu, L. Petrillo (a cura di)*, Il presidenzialismo che avanza. Come cambiano le forme di governo*, Roma, 2009; N. Lupo, G. Rivosecchi, *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale ai problemi della forma di governo,* in R. Cerreto (a cura di), *La democrazia italiana: forme, limiti, garanzie,* Roma, 2010, 288; S. Fabbrini, *Governare l'Italia: il rafforzamento dell'esecutivo tra pressioni e resistenze,* in *Il Filangieri, Quaderno, 2010. Governare le democrazie*, 29. Cfr. inoltre N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 120, secondo il quale «a loro volta, le cause di questa tendenza sono state attribuite a una serie di macrofenomeni di carattere strutturale: in primo luogo, la globalizzazione dell'economia, con la crescita della dimensione sopranazionale; in secondo luogo, la crisi dei partiti e delle ideologie, e con essi dei *cleavages* politici tradizionali; in terzo e ultimo luogo, la trasformazione dei mass media, in particolare legata soprattutto al peso giocato dal mezzo televisivo». Cfr. infine E. Catelani, *Poteri e organizzazione del governo, nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017, 242, che ha evidenziato come «al Governo nel suo complesso ed in particolare al Presidente del Consiglio sia riconosciuta una posizione di prevalenza, di capacità decisoria e d'impegno dello Stato nel raggiungimento degli obiettivi europei»*;* R. Ibrido, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei stati fondatori*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2018, 78.

[68] A ciò si aggiunga come la marginalizzazione del ruolo parlamentar in favore dell'organo esecutivo sia stata, per di più, avvalorata dal ricorso a strumenti (quali la questione di fiducia accompagnata quasi sempre dalla presentazione di maxiemendamenti) che hanno smarrito il proprio scopo originario, per trasformarsi in meccanismi volti a comprimere i tempi di discussione del dibattito, il potere emendativo delle Camere e la libertà

di voto dei singoli parlamentari. Cfr. sul punto R. Manfrellotti, "*Quindici uomini sulla cassa del morto". Questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 5 aprile 2019, il quale ricorda come «l'assenza di una disciplina costituzionale non favorisce la definizione di una linea di confine precisa dell'utilizzo legittimo della questione di fiducia. Le norme contenute nei regolamenti parlamentari, infatti, in ragione del loro carattere disponibile da parte dell'Assemblea appaiono capaci di una regolamentazione solo tendenziale e, in definitiva, inefficace, lasciando la fenomenologia dell'istituto al concreto atteggiarsi dei rapporti tra le forze politiche rappresentate in Parlamento». Secondo l'Autore, inoltre, «attraverso la questione di fiducia, il Governo ha concentrato in se stesso la titolarità di fatto della scelta normativa, mortificando il dialogo compromissorio volto alla sintesi degli interessi politici in conflitto che è la ragion d'essere del procedimento parlamentare. In particolare, l'abominevole prassi dei c.d. 'maxiemendamenti' ha reso il Parlamento una sorta di 'jukebox costituzionale' capace soltanto di rispondere diligentemente alle sollecitazioni del Governo». Cfr. G. Zanfarino, *Il ruolo dei tecnici nell'evoluzione della forma di governo italiana,* in *Nomos le attualità del diritto,* 3, 2021, che propone la possibile «costituzionalizzazione della questione di fiducia, con una disciplina delle modalità di presentazione finalizzate ad evitare un utilizzo abusivo».

[69] Cfr. M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 1992, 557.

[70] N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 175.

[71] N. Lupo, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita"*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, Napoli, 2020, 162.

[72] N. Lupo, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita"*, cit., 162.

[73] Si tratta di un aspetto presente sin dall'inizio del processo di integrazione europea che, nel corso del tempo, ha influito in maniera sempre maggiore, visto l'ampliamento delle competenze delle Istituzioni europee e della

Si tratta di un modello che rispecchia, appieno, le dinamiche che si sono sviluppate in questi anni, in ambito nazionale ed europeo e che hanno portato a legittimare il riconoscimento di un Governo che agisce, contemporaneamente, in due contesti istituzionali diversi[74], al punto da immaginare un sistema parlamentare euro-nazionale basato su un nesso indissolubile tra forme di governo nazionali ed europee[75].

Il rafforzamento del potere esecutivo derivante dal processo di integrazione europea ha, infine, impattato in maniera determinante anche sulla fase di formazione dello stesso Governo[76] e, soprattutto, sulla determinazione dell'indirizzo politico, che sempre più risulta il frutto di scelte assunte da istituzioni debolmente legate ai canali tradizionali della rappresentanza e della responsabilità politica nazionale[77].

La fortissima valorizzazione del ruolo dell'esecutivo nel processo decisionale europeo ha, inoltre, impattato negativamente sul rapporto tra Governo e Parlamento che risulta sempre più limitato nell'esercizio delle proprie prerogative non solo in termini di rappresentatività,

dimensione intergovernativa. Come è noto, infatti, a partire dal Trattato di Maastricht, il Consiglio (dei Ministri) dell'Unione Europea e il Consiglio europeo hanno acquisito sempre maggiore rilevanza a scapito di quella dimensione rappresentata dalla Commissione Europea. Cfr. Perez Tremps, *Il rafforzamento dell'esecutivo come conseguenza della integrazione nella Comunità europea*, in G. Rolla (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Milano, 1991, 93; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, N. Lupo, G. Rivosecchi, *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale nazionale ai problemi della forma di governo*, cit., 288. Cfr. infine N. Lupo, *Il governo italiano, settanta anni dopo,* in *Rivista AIC,* 3, 2018, 175. Sul punto l'Autore sottolinea è che «i Governi degli Stati membri dell'Unione europea, lungi dall'essere "bypassati", come talvolta si crede, sono in realtà i protagonisti del processo di integrazione europea e dei circuiti decisionali che in ambito europeo si sviluppano», evidenziando, altresì, come «nella forma di governo dell'Unione europea il potere esecutivo finisce, infatti, per essere 'frammentato', distribuito cioè tra una molteplicità di istituzioni, tra le quali i governi nazionali, e quindi difficile da unificare intorno ad un unico indirizzo politico, ma al tempo stesso difficilissimo da controllare per i Parlamenti e le opinioni pubbliche, sia nazionali, sia europea».

[74] Significativa al riguardo è la considerazione di Federica Mogherini, Ministro degli Affari esterni del Governo Renzi, secondo la quale "*L'Italia ha due capitali, in qualche modo, Roma e Bruxelles, e quello che facciamo a Roma deve essere coerente con quanto facciamo nell'altra capitale*". Cfr. Intervento di Federica Mogherini alla direzione del PD del 27 febbraio 2014.

[75] Cfr. sul punto A. Manzella- N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale,* Torino, 2014; N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" dell'UE: le diverse letture possibili,* cit., 365; A. Manzella, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema,* in *Rivista Aic,* 2015, 1. Cfr. infine Cfr. N. Lupo, *Il governo italiano settant'anni dopo,* in *Rivista AIC ,* 3, 2018, 175, secondo il quale, una volta «europeizzato» il Governo può essere considerata un'istituzione più rilevante e più potente, ma «al tempo stesso, ancora più sfuggente e proteiforme di quanto non fosse».

[76] Per un'analisi approfondita si rinvia a G. Cavaggion, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi,* Torino, 2020.

[77] Il riferimento è, ad esempio, alla circostanza secondo la quale il Consiglio Europeo, chiamato a svolgere un ruolo fondamentale e strategico nella definizione delle politiche sovranazionali non sia sottoposto al controllo del Parlamento Europeo. Cfr. sul punto N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles,* in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2018, 201 il quale ricorda come «il Consiglio europeo, come istituzione presa nel suo complesso, non è posta sotto il controllo di nessuno: sono solo i suoi membri, ossia i Capi di Stato o di Governo a essere- entro certi limiti, dipendenti dal diritto costituzionale nazionale- assoggettati a meccanismi di controllo, anzitutto parlamentare, previsti nella forma di Governo di ciascuno Stato membro». Cfr. E. Griglio, *I circuiti e i "buchi neri" del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione Europea,* in *Dinamiche delle forme di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2019, 218, che al riguardo parla di «paradigma policentrico del controllo parlamentare dell'esecutivo frammentato europeo che si fonda su di una concezione modulare della funzione di controllo, declinata in un sistema policentrico di circuiti di interazione tra i Parlamenti che operano a livello europeo, nazionale e subnazionale e l'esecutivo frammentato europeo».

ma anche sul piano normativo[78] e decisionale[79].
La condivisione dell'indirizzo politico con il Governo ha, quindi, portato alla perdita di autonomia nella organizzazione della forma di governo[80] ed alla «confusione» dei poteri tra legislativo ed esecutivo[81], facendo emergere, di conseguenza, un *favor* nei confronti dell'esecutivo considerato l'organo «direzionale» dello Stato[82], non solo da un punto di vista amministrativo ma anche per quanto concerne il versante normativo e l'attività legislativa[83].

[78] È altresì opinione consolidata come, ancora prima del periodo pandemico, l'utilizzo sempre più incisivo della decretazione d'urgenza avesse portato ad una riduzione dei contenuti della stessa legislazione ordinaria. Nel corso degli ultimi anni lo strumento del decreto-legge è stato, infatti, altresì, utilizzato per consentire l'adempimento degli obblighi europei in maniera tempestiva e garantire l'effettivo perseguimento degli obiettivi economici al punto da «svuotare di contenuto le manovre finanziarie autunnali e gli istituti della decisione di bilancio in Parlamento». Cfr. G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto tra Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo,* in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2019, 384. Cfr. M.G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* In *Nomos,* 3, 2021, 10, che al riguardo fa riferimento ad un modello in cui «all'ipertrofia normativa si accompagna la frantumazione legislativa». Cfr. inoltre sul punto W. Tocci, *Dal troppo al niente della mediazione politica,* in www.costituzionalismo.it, 2, 2017, secondo il quale le leggi approvate dal Parlamento sono caratterizzate dalla eterogeneità di contenuti essendo, nella maggior parte dei casi, contenitori zeppi «di coriandoli normativi di diverso colore, taglia e materiale nel quale si affastellano gli argomenti più disparati. Ma l'eterogeneità è tale anche nel tempo perché prediligono l'intervento a breve termini così come nelle motivazioni perché rispondono suggestioni occasionali o peggio ancora a emergenze spesso costruite ad arte dallo stesso Governo».

[79] Come è noto, infatti, il dibattito parlamentare sia proiettato sempre più verso l'esterno delle aule parlamentari Cfr. E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 180, secondo il quale «Il Parlamento è ancora una sede nella quale si adottano decisioni prese altrove e non la stanza in cui si forma l'indirizzo politico, mediante la libera dialettica maggioranza-governo-opposizione secondo l'immagine liberale».

[80] Cfr. S. Sicardi, *Il Parlamento ed il suo futuro. Una lunga storia alla prova del XXI secolo. Relazione introduttiva*, in M. Cavino, L. Conte (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico di divisione del lavoro. Atti del Convegno di Vercelli del Gruppo di Pisa tenutosi il 25 novembre 2016*, Napoli, 2017, 13.

[81] Cfr. R. Bin, *Lo Stato di diritto,* cit., 72. Nell'analizzare la definizione dell'indirizzo politico l'Autore evidenzia come, in questa occasione, «trionfa il principio della collaborazione (e della confusione) piuttosto che quello della separazione (e delle forme legali di produzione degli atti pubblici». Per un'analisi approfondita della operatività attenuata del principio della separazione dei poteri nei regimi parlamentari cfr. sul punto F. Modugno, (voce) *Poteri (divisione dei)* in *Novissimo Digesto*, XIII, Torino, 1966, XIII, 484, il quale osserva che, per effetto del principio maggioritario, sono «i partiti politici costituenti la maggioranza a saldare insieme in una unità indissolubile (di indirizzo) Parlamento e Governo, che, nell'effettiva esplicazione delle loro attività rappresentano la negazione più perentoria della 'divisione dei poteri' sia sotto l'aspetto propriamente formale-organizzativo sia sotto quello funzionale". Cfr. inoltre. S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia,* Torino, 1998; A. Cerri, *Poteri (divisione dei*), *Enciclopedia Giuridica Treccani,* Roma, 1990, XXXIII; C. Chimenti, *Anatomia della XIV legislatura. Cronache di un quinquiennio tra innovazione e continuità,* Torino, 2006, 9. Cfr. infine L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e democrazia*, Roma, 2007, 871, il quale evidenzia come nella forma di governo parlamentare si può più correttamente parlare di una condivisione del potere, sia organica che funzionale, tra il legislativo e l'esecutivo.

[82] Cfr. E. Cheli, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, cit., 20, che giustifica tale circostanza «in ragione della sua struttura limitata e tendenzialmente omogena, del sostegno diretto che ottiene da parte dei partiti di maggioranza, della disponibilità degli strumenti propri della pubblica amministrazione». Cfr. inoltre M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, cit., 27, il quale evidenzia come si tratti di una primazia solo politica che «non contraddice la centralità giuridica e strutturale del Parlamento, l'unico organo a elezione popolare diretta e come tale i solo a poter validamente inverare il principio della democrazia (parlamentare)».

[83] Cfr. sul punto M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista di diritto costituzionale,* 2006, 86. Al riguardo l'Autrice, riflettendo sul primato del Governo nell'elaborazione dell'indirizzo politico e sugli effetti che tale considerazione potrebbe avere sull'assetto delle fonti normative ed in particolare sulla crescita dei poteri normativi dell'esecutivo che ricomprendono anche la funzione legislativa, evidenzia come «non sia indifferente, ai fini della realizzazione dell'indirizzo politico» poiché, anche in presenza di maggioranze forti e coese, sono comunque diverse «le dinamiche di integrazione politica che si realizzano in sede parlamentare e quelle che si

Issn 2421-0528

Tale condizione è stata altresì rafforzata dalla fase di attuazione del *PNRR*.
Nello specifico, infatti, lo svolgersi dell'azione politica entro un programma ben definitivo, dove i margini per la negoziazione sono ridotti e assoggettati ad una rigorosa tempistica, ha portato parte della dottrina a propendere verso una declinazione dell'indirizzo politico in chiave normativa[84].
Se, quindi, nella determinazione dell'indirizzo politico nazionale un ruolo decisivo spetta a quanto deciso al livello sovranazionale[85], in un'ottica di «indirizzo politico europeo di sistema[86]», con il *PNRR* sembrerebbe aver impegnato l'indirizzo politico anche di Parlamento e Governi futuri.
È noto, infatti, come l'attività di indirizzo politico per i prossimi anni sarà vincolata al conseguimento di obiettivi stabiliti nell'ambito di un sistema complesso e connesso tra indirizzo politico, insieme di norme giuridiche e struttura organizzativa.
Da un'analisi più approfondita può tuttavia evidenziarsi come, seppur parzialmente vincolato ad obiettivi e scadenze, l'indirizzo politico risulterebbe il frutto della libera interpretazione del Presidente del Consiglio il quale, se supportato da una ampia e decisa maggioranza parlamentare, potrebbe essere in grado di ridefinire, in maniera discrezionale, l'attuazione del PNRR tenendo conto delle priorità immaginate.
Al tempo stesso, tenendo conto dei poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione del PNRR, e degli interventi legislativi adottati, tale circostanza sembrerebbe aver cristallizzato un altro mutamento a lungo taciuto per esigenze di carattere politico riscontrabile nel primato del Presidente del Consiglio nell'ambito della compagine governativa.

4. Considerazioni conclusive. Come si è avuto modo di evidenziare il processo di integrazione europea ha impattato in maniera determinante portando a mutamenti inesorabili di alcuni pilastri dell'ordinamento costituzionale nazionale quali sono la Costituzione economica e la forma di governo.
Si tratta di un processo che ha subito, e continua a subire, delle importanti evoluzioni dovute agli eventi storici, politici e sociali che si sono susseguiti nel corso degli ultimi anni e che hanno reso sempre più evidente come, indipendentemente dalla forma di governo adottata, la verticalizzazione appaia una certezza.
Per quanto concerne il governo dell'economia, anche alla luce delle scelte compiute in occasione dello scoppio della pandemia da Covid-19, la verticalizzazione della decisione deve senza dubbio essere considerata un elemento imprescindibile ed inesorabile e, soprattutto, un elemento caratterizzante l'identità europea.
L'approvazione di misure destinate a sostenere i singoli Stati nell'affrontare le difficoltà del momento e, soprattutto, l'approvazione del c.d. *Next Generation Eu* sembrerebbero, altresì, prefigurare un cambio di paradigma delle politiche europee che hanno impattato sui sistemi di *welfare* e protezione sociale dei singoli Stati, in favore di un intervento pubblico

compongono in sede governativa».
[84] Cfr. A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?,* in *Federalismi.it,* 18, 2021.
[85] Cfr. A. Sciortino*, Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), Il *Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015. Al riguardo l'autrice rileva come «la sfera più squisitamente politica, quella in cui si esprime massimamente l'indirizzo politico del governo nazionale e quindi quella in cui vengono fissate le priorità tra le diverse politiche pubbliche e viene definita la politica redistributiva, coincide proprio con quella che più viene maggiormente condizionata da imperativi apparentemente tecnici elaborati in sede sovranazionale».
[86] Cfr. A. Manzella, *Postfazione: Indirizzo politico di sistema e forma di governo,* in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 120. M. Luciani, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica*, 2015, 113.

nell'economia connesso a finalità di carattere sociale.
Pur essendo necessario ed inevitabile legittimare una verticalizzazione della decisione politica, soprattutto in una dimensione multilivello del governo dell'economia, appare al tempo stesso imprescindibile interrogarsi sugli effetti, in termini di democraticità, dell'integrazione europea[87].
La crisi pandemica e tutti i provvedimenti emanati per superarla si innestano, come è noto, in una edizione della crisi del parlamentarismo, circostanza che impone una necessaria resilienza delle assemblee chiamate a rispondere a una inesorabile e necessaria esecutivizzazione della forma di governo derivante dall' esigenza di rapidità ed efficienza della decisione politica.
Nello specifico, come è noto, nonostante Parlamento Europeo[88] e Consiglio regionale[89] siano fortemente vincolati ad una dimensione verticistica della forma di governo, entrambi gli organi rappresentativi hanno mostrato, tuttavia, un migliore adattamento a tale processo, a differenza del Parlamento che ha invece risentito, in maniera determinante, di tale esecutivizzazione del modello di governo.[90]

[87] È noto, infatti, come la questione inerente il c.d. *deficit* democratico dell'Unione Europa abbia da sempre caratterizzato il processo di integrazione europea nonostante, da un punto di vista formale, la stessa Unione consideri il principio democratico un elemento fondamentale (art. 2 TUE) imponendolo, altresì, quale requisito di adesione (art. 49 TUE). Per un'analisi più approfondita D. Marquand, *Parliament for Europe*, cit., 64. G. Majone, *Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico*, in *Osservatorio AIC*, 2010; T. Russo, *Deficit e anti- deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Roma, 2011; A. Von Bogdandy, M. Ionannidis, *Il deficit sistemico dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pubb.,* 3, 2014, 593.

[88] Come è noto, il Parlamento europeo ha, con il consolidamento del processo di integrazione dell'Unione europea, acquisito sempre maggior peso politico, utile a conseguire autorevolezza e a rivedere nuovi spazi e poteri. Nonostante la difficoltà di imprimere il proprio indirizzo politico nella fase decisionale fortemente sbilanciata in favore dell'esecutivo, derivante dalla natura intergovernativa che caratterizza le dinamiche politiche europee, deve tuttavia ricordarsi il peculiare ruolo di co-legislatore ricoperto dallo stesso organo che ha cercato, nel corso del tempo, di svolgere quella funzione di "*istituzione portavoce dell'opinione pubblica europeista"* al punto da potersi considerare assemblea rappresentativa dei cittadini europei unitariamente immaginati. Cfr. N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno,* in *Studi sull'integrazione europea,* 7, 2012, 356. Cfr. A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, cit., 170.

[89] Per quanto concerne, l'ambito regionale, l'applicazione del principio simul simul e la riforma della forma di governo hanno permesso di riconoscere a Consiglio e Presidente la stessa legittimazione popolare, in un'ottica di bilanciamento tra l'esigenza di un chiaro indirizzo politico-legislativo e quella di una effettiva rappresentanza politica. Nonostante la dimensione regionale risulti fortemente caratterizzata da una verticalizzazione della forma di governo, i Consigli regionali rivestono, come ricordato in precedenza, un ruolo imprescindibile in quel sistema di pesi e contrappesi che l'attuale modello rende necessario risultando, come precedentemente ricordato, gli unici detentori del potere legislativo in ambito regionale. Tale circostanza, presuppone, di conseguenza, che nonostante la straordinaria rilevanza assegnata al vertice dell'esecutivo, quest'ultimo possa legiferare solo attraverso il Consiglio regionale che, di conseguenza, resta organo imprescindibile per l'attuazione dell'indirizzo politico. Da ciò ne deriva, quindi, come, proprio grazie alla verticalizzazione della forma di governo ed allo strettissimo legame tra Presidente della Giunta e maggioranza, le stesse regioni abbiano acquisito una maggiore efficienza normativa. Cfr. sul punto tra i tanti Bilancia, *Potere legislativo e interventi d'urgenza: non c'è bisogno del decreto legge,* cit.; F. Marangoni, *Organizzazione delle assemblee e processo legislativo,* cit., 135.

[90] Tale circostanza ha, come è noto, generato un'importante marginalizzazione dello stesso in termini di rappresentatività che è stata sacrificata, in alcune occasioni, in favore della c.d. stabilità dell'azione politica. Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come sia possibile utilizzare il termine stabilità facendo riferimento alla stabilità della democrazia di un Paese, al sistema politico in generale, all'indirizzo politico espresso dal Governo e, infine, alla «mera» permanenza in carica di un organo. Per un'analisi approfondita cfr. sul punto F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forme di governo,* Bologna, 1981, 184; G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata,* Bologna, 1994; D. Casanova, *Spunti critici sulla possibilità di bilanciare la rappresentatività delle Camere con la stabilità del Governo,* in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale. Atti del seminario Brescia,* 5 aprile 2019, Napoli, 2020, 83. Al riguardo la Corte Costituzionale è intervenuta sul punto delineando con

Muovendo, quindi, da una chiara perdita di funzionalità del Parlamento e da una evidente volontà politica proiettata verso un decisivo rafforzamento del potere esecutivo reso sempre più inevitabile e necessario, in un'ottica di conservazione dell'attuale assetto costituzionale strumentale ad assicurare il mantenimento della forma di Stato democratico, risulta necessario interrogarsi sulla possibilità di immaginare una nuova organizzazione della forma di governo nonché dell'attuale composizione e delle funzioni del Parlamento evitando che la stessa diventi terreno di scontro tra opposte fazioni.

Nello specifico, infatti, la necessità di intraprendere un percorso di rinnovamento del modello di democrazia parlamentare attraverso una decisa revisione delle disposizioni costituzionale, suggerirebbe il mutamento della struttura e delle competenze dell'intero apparato organizzativo dell'organo assembleare con l'obiettivo di attribuire funzioni politiche alla sola Camera dei deputati rendendola, di fatto, titolare esclusiva della relazione fiduciaria con il Governo.

Tale ipotesi, imprescindibile per qualsiasi tipo di modifica della forma di governo, si legherebbe, inoltre, ad una razionalizzazione della struttura parlamentare capace di definire un nuovo equilibrio nei rapporti del Parlamento con il Governo non inficiando, al tempo stesso, il funzionamento e le prerogative degli organi di garanzia.

Nel favorire un ammodernamento della struttura, superando un modello di rappresentanza basata sul controllo e non sulla condivisione dell'indirizzo politico, il superamento del bicameralismo perfetto, da considerarsi tra le cause di un appesantimento del procedimento legislativo e dell'instabilità del sistema fiduciario, risulterebbe, altresì, lineare ed attuabile anche alla luce della riduzione del numero dei parlamentari e del riconoscimento del diritto di voto per il Senato al raggiungimento del diciottesimo anno d'età.

Si tratta di un'ipotesi che andrebbe, inoltre, finalmente, a superare il nodo irrisolto del bicameralismo paritario, a cristallizzare, in Costituzione, un «monocameralismo di fatto» che caratterizza sempre più i lavori parlamentari e, infine, a garantire una «migliore funzionalità dello Stato regionale».

Nello specifico, infatti, la scelta di attribuire ad una Assemblea la funzione di esercitare un ruolo di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica porterebbe quest'ultima ad agire sulla base di meccanismi, giuridici e politici, capaci di consentire, effettivamente, una rappresentanza territoriale di tipo istituzionale anche, e soprattutto alla luce della possibile implementazione dei percorsi di autonomia differenziata.

A ciò si aggiunga, inoltre, come tale ipotesi, oltre a propendere verso una maggiore stabilità governativa, risulterebbe altresì funzionale ad una integrazione dinamica tra livelli di governo al fine di addivenire, tenuto conto anche dell'esperienza pandemica, alla definizione di un efficiente modello di composizione di interessi nazionali e regionali in un'ottica di regionalismo cooperativo, capace di evitare fenomeni distorsivi e lesivi di quanto previsto dall'art. 5 Cost.

---

chiarezza come la stabilità sia elemento imprescindibile per "*assicurare la governabilità*" ed "*evitare la frammentazione politico- partitica*". Cfr. inoltre sul punto Corte cost., sent. n. 239/2018. Secondo i giudici si tratta di «due esigenze non sono sovrapponibili ma attengono a profili diversi della funzione del Parlamento: l'una ha riguardo alla dialettica Parlamento-Governo, e mira a rendere proficua l'interlocuzione tra questi due organi, l'altra tende a garantire l'efficienza dei meccanismi decisionali dell'assemblea parlamentare, prescindendo dal rapporto con l'esecutivo o quanto meno ponendolo in secondo piano». Cfr. infine A. D'Andrea, *Rappresentatività del Parlamento e principio maggioritario,* in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale. Atti del seminario Brescia,* 5 aprile 2019, Napoli, 2020, 27 secondo il quale «la difficoltà nella quale si trova oggi la democrazia occidentale risiede principalmente nella tensione tra due opposte esigenze che sono, da un lato, quella di consentire la piena affermazione politica e fattuale della maggioranza, esigenza talora declinata nella scivolosa categoria della governabilità e dall'altro, quella di limitare gli effetti al fine di preservare il diritto delle minoranze di esistere e di potersi esprimere nel gioco democratico».

Tale scelta, oltre a rafforzare il rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento e a propendere verso un ammodernamento delle istituzioni, attraverso una maggiore omogeneità fra le forme di governo dei vari livelli potrebbe, senza dubbio, considerarsi strumentale per addivenire alla risoluzione di quelle patologie derivanti dal sistema partitico che hanno influenzato, negativamente, gli stessi processi decisionali.
Si tratta di un modello che renderebbe necessario ed inevitabile la definizione di un confronto effettivo e puntuale tra le forze politiche facilitando la stabilità del rapporto tra Parlamento e Governo attraverso l'utilizzo di strumenti razionalizzati, ma pur sempre rappresentativi, capaci di produrre, nell'ambito di un processo democratico, decisioni unitarie idonee a dimostrare che rappresentatività e governabilità possano essere considerati elementi interdipendenti tra loro.
Per questo motivo, a prescindere da considerazioni ideologiche e politiche e con la consapevolezza della inesorabile, ed in alcuni casi, imprescindibile verticalizzazione della decisione politica, è necessario immaginare una nuova struttura istituzionale idonea a migliorare e rendere più efficiente la funzionalità dell'assemblea rappresentativa, invertendo, in modo particolare, quel processo di persistente marginalizzazione del Parlamento che caratterizza ormai da troppi anni, senza una soluzione concreta di risoluzione, la nostra forma di governo e che non trova più alcuna giustificazione.
Deve quindi considerarsi consolidata l'opinione secondo la quale i nuovi scenari geopolitici e l'impatto della c.d. *digital democracy* sulle dinamiche sociali impongano un processo riformatore che sia in grado di ridurre quella divaricazione tra il testo costituzionale e l'effettivo cambiamento storico- politico permettendo al sistema istituzionale di essere al passo con le trasformazioni degli ultimi anni e scongiurare, di conseguenza, l'uso di tali mutamenti costituzionali come strumento politico.

Abstract. Tra gli aspetti più determinanti del processo di integrazione europea rientra, senza dubbio, l'affermazione del principio del primato strettamente connesso al rapporto tra identità nazionale ed identità europea. Quest'ultimo è stato, ed è, come è noto, oggetto di un importante dibattito caratterizzato da aspetti politici, culturali e sociali vista la capacità, da parte di entrambe, di influenzarsi e, in casi particolari, entrare in conflitto. A ciò si aggiunga, inoltre, come la «commistione» tra ordinamenti statali ed europeo sia stata, inoltre, da tempo, considerata, tra le cause più rilevanti dei mutamenti costituzionali che si sono verificati nel corso degli anni, dai quali è derivata una profonda evoluzione dell'ordinamento nazionale. E' noto, infatti, come i sistemi costituzionali siano sempre più assoggettati a incessanti mutamenti derivanti da una pluralità di elementi di natura politica, giuridica, economica e sociale, dai cui deriva una adeguata e spontanea evoluzione degli stessi nel rispetto del nucleo dei principi fondamentali che danno identità agli ordinamenti stessi. Le parti della Costituzione che sono state, senza dubbio alcuno, oggetto dei più rilevanti mutamenti derivanti dal processo di integrazione europea sono quelle riguardanti la c.d. Costituzione economica e la forma di governo. Si tratta di un processo che ha subito, e continua a subire, delle importanti evoluzioni dovute agli eventi storici, politici e sociali che si sono susseguiti nel corso degli ultimi anni e che hanno reso sempre più evidente come, indipendentemente dalla forma di governo adottata, la verticalizzazione appaia una certezza. Muovendo da tale considerazione, secondo la quale la verticalizzazione della decisione deve senza dubbio essere considerata un elemento imprescindibile ed inesorabile e, soprattutto, un elemento caratterizzante l'identità europea, il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di interrogarsi sul necessario processo riformatore che sia in grado di ridurre quella divaricazione tra il testo costituzionale e l'effettivo cambiamento storico- politico permettendo al sistema istituzionale di essere al passo con le trasformazioni degli ultimi anni e scongiurare, di conseguenza, l'uso

di tali mutamenti costituzionali come strumento politico.

Abstract. One of the most crucial aspects of the process of European integration is, without doubt, the affirmation of the principle of primacy closely linked to the relationship between national identity and European identity.
The latter has been, and is, as is well known, the subject of an important debate characterised by political, cultural and social aspects, given the ability of both sides to influence each other and, in particular cases, to enter into conflict.
In addition, the «mixture» of state and European systems has long been considered one of the most important causes of the constitutional changes that have occurred over the years, which have resulted in a profound evolution of the national legal system.
It is well known, in fact, that constitutional systems are increasingly subject to incessant changes deriving from a plurality of elements of a political, juridical, economic and social nature, from which derives an adequate and spontaneous evolution of the same in respect of the core of the fundamental principles that give identity to the systems themselves.
The parts of the Constitution that have been, without a doubt, the subject of the most significant changes resulting from the process of European integration are those concerning the so-called economic Constitution and form of government.
It is a process that has undergone, and continues to undergo, important evolutions due to the historical, political and social events that have taken place over the last few years and that have made it increasingly evident that, regardless of the form of government adopted, verticalization appears to be a certainty.
Starting from this consideration, according to which the verticalization of the decision must undoubtedly be considered an essential and inexorable element and, above all, a characterizing element of the European identity, the present work aims to question the necessary reform process that is able to reduce the gap between the constitutional text and the actual historical-political change, allowing the institutional system to be up to date with the changes of recent years and, consequently, avoid the use of these constitutional changes as a political instrument.

Parole chiave. Identità Europa – integrazione europea – mutamenti costituzionali – democraticità dell'ordinamento.

Key words. European identity – European integration – constitutional changes – democratic nature of the legal system.

Issn 2421-0528

L'EUROPA DEI (MOLTI) CITTADINI: ESPERIENZA E PROSPETTIVE DEMOCRATICHE DELLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA*

di Lapo Tempesti**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Un'Europa dalle molteplici sfumature… di democrazia. – 3. La Conferenza sul futuro dell'Europa, promessa di una nuova identità democratica per l'UE? – 4. Qualche risultato e insegnamento dalla *CoFoE*

1. Introduzione. «*E pluribus unum*», «Uno da molti». È curioso notare che questa espressione altro non è oggi che il motto nazionale degli Stati Uniti d'America, figurante nello stemma di Stato[1], e che gli organizzatori di questa splendida iniziativa lo abbiano fatto proprio, e lo abbiano «preferito» ad un altro motto, tutto europeo (il motto dell'Unione europea, appunto), che si legge così: «*In varietate concordia*», «Uniti nella diversità». Riflesso di un'influenza – percepita sempre più attuale – della cultura statunitense sull'identità europea? Certo, il linguaggio ha un peso (simbolico, politico, giuridico); tuttavia, non bisogna accentuare oltremisura queste «scelte stilistiche», poiché il fine ricercato è più che nobile e stimolante: dar valore, con poche parole, alla ricchezza e alle diversità che l'Europa accoglie e tutela; ricordare come gli Europei siano riusciti ad operare, insieme e con le altre Nazioni, a favore della pace e della prosperità comune; in sintesi, dare un volto all'Unione europea attraverso le sue molteplici voci e identità.

«*Color est e pluribus unus*», recita Virgilio nel suo poemetto di ambiente georgico *Moretum*. «Di tanti colori ne venne uno solo». Presa come una metafora del nostro tempo, questa frase racconta il sistema democratico dell'Unione europea: unico per definizione, ma vario – e perciò plurale – nelle sue realtà, forme ed espressioni. La questione dovrebbe allora porsi, in Europa, dell'esistenza o meno di un «linguaggio democratico comune» – più che dell'importanza di una lingua unica parlata, comune a tutti gli Stati membri[2]. È da promuovere, sviluppare e rinnovare la discussione sul funzionamento democratico dell'Unione, sul «contenente» prima ancora che sul «contenuto» della democrazia europea.

In questo lavoro, ci proponiamo dunque di esplorare il principio democratico dell'Unione europea nelle sue diverse sfaccettature, strutture o «identità», soffermandoci su una in particolare: la Conferenza sul futuro dell'Europa («*Conference on the Future of Europe*» o «*CoFoE*», qui di seguito anche «Conferenza»). Più precisamente, alla luce dei trattati e dei cambiamenti che hanno investito l'ordinamento dell'Unione, l'autore intende sondare le diverse «manifestazioni» della democrazia europea – indiretta, semi-diretta o diretta; rappresentativa, deliberativa e partecipativa – (§ 1), e così interessarsi agli sviluppi correlati all'«evento democratico paneuropeo» della Conferenza, concepita come «un nuovo forum

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottorando di ricerca in diritto europeo – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

[1] E tuttavia già presente in un brano del poeta romano Publio Virgilio Marone (si veda *infra*).

[2] Sull'argomento, si veda L. Tempesti, *Les institutions européennes à l'épreuve du multilinguisme : la langue, cible et source d'inégalités*, in E. Lagrange, L. Dubin (a cura di), *Les inégalités et leurs manifestations en droit international et européen*, Paris, 2023, 157-182.

pubblico per un dibattito aperto, inclusivo, trasparente e strutturato con i cittadini vertente su una serie di priorità e sfide»[3] (§ 2). In che modo, infatti, la parola dei cittadini europei che sono intervenuti nella Conferenza è stata (o verrà) inclusa e tradotta nel processo decisionale (*decision-making*) europeo? L'avvento di un quadro permanente di *panel* di cittadini europei – che affiancheranno d'ora in avanti il legislatore europeo[4] – porterà a nuove forme di legittimità e a nuovi equilibri di potere all'interno delle istituzioni dell'UE? L'espressione *diretta* dei «popoli dell'Europa»[5] muterà l'identità di quest'ultima? (§ 3). Queste problematiche, e le loro molteplici declinazioni (*in primis* sul piano giuridico ed istituzionale europeo), saranno oggetto del presente contributo – e occasione di confronto durante il convegno.

2. Un'Europa dalle molteplici sfumature… di democrazia. Ai sensi dell'art. 10, § 1, TUE, «[i]l funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa»; secondo il § 2 di questo stesso articolo, «[i] cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini». Si delinea così una concezione particolare – e altamente specifica – della democrazia europea. Al di là della dimensione intergovernativa dell'Unione, la giurisprudenza ha riconosciuto con chiarezza «un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa»[6]. Il Parlamento europeo ha ovviamente caldeggiato questa visione della democrazia europea[7] – e del sistema di diritto dell'Unione. Ciò ha favorito, nel tempo, un aumento significativo (in numero e in estensione) dei poteri di informazione, controllo e decisione del Parlamento europeo, la cui elezione a suffragio universale diretto ha luogo dal 1979.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cittadinanza europea (istituita col Trattato di Maastricht) si è poi arricchita di una nuova componente democratica: il diritto dei cittadini europei «d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati»[8]; è questa la definizione generica che i trattati propongono dell'iniziativa dei cittadini europei («*European Citizens' Initiative*», qui di seguito anche «*ECI*» o più sommariamente «iniziativa»). Sebbene essa possa essere intuitivamente ascritta nella categoria dei diritti politici di cui dispone ciascun cittadino, l'*ECI*

[3] Comunicazione della Commissione europea del 22 gennaio 2020, *Dare forma alla Conferenza sul futuro dell'Europa*, COM(2020) 27 final, 1-2.

[4] Si veda il discorso della presidente U. von der Leyen sullo stato dell'Unione 2022: *The Citizens' Panels that were central to the Conference will now become a regular feature of our democratic life*. Secondo quanto poi indicato nel programma di lavoro della Commissione per il 2023, «[i]n virtù del successo della Conferenza sul futuro dell'Europa, i panel di cittadini prendono ora parte alla definizione delle politiche della Commissione in taluni settori chiave» (comunicazione del 18 ottobre 2022, COM(2022) 548 final, 5).

[5] Art. 1, c. 2, del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE).

[6] Corte di giustizia, sent. 5 luglio 1995, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-21/94, EU:C:1995:220, § 17 e giurisprudenza citata. Si veda inoltre Corte di giustizia (Grande Sezione), 19 dicembre 2019, *Junqueras Vies*, causa C-502/19, EU:C:2019:1115, § 63 e giurisprudenza citata: «ai termini dell'articolo 10, paragrafo 1, TUE, il funzionamento dell'Unione si fonda sul principio della democrazia rappresentativa, il quale concretizza il valore della democrazia citato all'articolo 2 TUE».

[7] Si veda, ad esempio, la risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2011, *Accesso del pubblico ai documenti 2009-2010*, 2010/2294(INI), § D, secondo la quale «[la] democrazia partecipativa [è] complementare alla democrazia rappresentativa su cui si fonda il funzionamento dell'Unione».

[8] Art. 11, § 4, TUE. Detto articolo riprende, *mutatis mutandis*, le disposizioni del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. I-47, § 4, rubricato «Principio della democrazia partecipativa»), la cui ratificazione naufragò nell'estate del 2005, con la vittoria del «no» nei referendum francese e olandese.

configura una prerogativa che non è esercitabile in forma individuale, ma che si fonda, per così dire, su «un principio di collettività»: secondo l'art. 11 TUE ed il regolamento che ne attua le disposizioni[9], l'iniziativa deve emanare dai «[c]ittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri». Detto altrimenti, perché la ricezione di un'*ECI* sia reputata valida, essa deve superare una certa «quota» di adesioni e di sottoscrizioni, a conferma dell'esistenza di una vera e propria comunità di interessi, rappresentata dai cittadini aderenti.

Nel sistema dell'Unione europea, i cittadini dispongono perciò di diversi strumenti di partecipazione ai processi decisionali: dal voto nelle elezioni europee, passando per la già citata iniziativa europea dei cittadini e il diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo, non bisogna scordare che essi dispongono, tra l'altro, di un diritto fondamentale di accesso ai documenti dell'Unione, della facoltà di ricorrere al Mediatore europeo[10] o di adire le giurisdizioni europee, poiché informarsi, sorvegliare e controllare equivalgono anch'essi a partecipare[11]. Le pagine web «Di' la tua» («*Have your say*») e «Contribuire al processo legislativo» («*Contribute to law-making*»), più volte aggiornate, hanno rappresentato un ulteriore strumento digitale, a disposizione dei cittadini, per introdurre novità e migliorie nella legislazione europea, congiuntamente all'iniziativa-obbligo della Commissione europea di «procede[re] ad ampie consultazioni delle parti interessate [a]l fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione»[12].

A fianco degli strumenti partecipativi sopraindicati, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha configurato un dispositivo democratico non espressamente previsto dai trattati, ma riconducibile al principio secondo il quale «[o]gni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione»[13]. È questo il penultimo enunciato dell'art. 10 TUE, ed è interessante notare che questo articolo si apre, come abbiamo detto, proclamando l'irriducibilità del principio rappresentativo, ma si chiude con questa formula che investe direttamente i cittadini europei, e che presuppone un corretto bilanciamento tra rappresentazione e diretta partecipazione democratica[14].

3. La Conferenza sul futuro dell'Europa, promessa di una nuova identità democratica per l'UE? La *CoFoE* ha iniziato i suoi lavori nel maggio del 2021, con grandi promesse

[9] Reg. (UE) 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini, oggi abrogato e sostituito dal Reg. (UE) 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 riguardante l'iniziativa dei cittadini europei [versione consolidata], *GUUE* L 130 del 17 maggio 2019, 55-81. La base giuridica di entrambi questi strumenti è l'art. 24, c. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE), che enuncia: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini ai sensi dell'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, incluso il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che la presentano devono provenire».

[10] Art. 20, § 2, lett. *d)*, TFUE; art. 43 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[11] Ricordiamo l'enunciato secondo il quale «[l]a vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che [i trattati] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri» (Corte di giustizia, sent. 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, causa 26/62, EU:C:1963:1).

[12] Art. 11, § 3, TUE.

[13] Art. 10, § 3, TUE.

[14] Si veda anche art. 11, § 1, TUE: «Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione».

istituzionali di riforma[15], concludendoli esattamente un anno dopo, nella Giornata dell'Europa[16]. Tuttavia, ben prima della cerimonia di avvio della Conferenza, le riflessioni sulla forma e sul ruolo che quest'ultima avrebbe assunto sono emerse in più contesti e documenti istituzionali: il presidente E. Macron ha illustrato l'idea nel suo «*Discours de la Sorbonne*» del 26 settembre 2017[17], seguito dalle dichiarazioni del Parlamento europeo e della Commissione[18]; il Consiglio ha quindi adottato la sua posizione sull'evento[19].

La *CoFoE* ha rappresentato un processo inedito, per diverse ragioni. Essa ha dato vita ad un modello «ibrido», imperniato sul lavoro di *panel* «rappresentativi in termini di origine geografica, genere, età, contesto socioeconomico e/o livello di istruzione dei partecipanti»[20]; provvisto di una capacità di deliberazione e di decisione in sede di detti *panel*, e nella sua formazione più solenne (sessione plenaria); arricchito con manifestazioni di democrazia diretta attraverso la piattaforma digitale multilingue, nonché attraverso le iniziative e gli eventi promossi nei singoli Stati membri. Oltre a ciò, la Conferenza si è fatta notare per il suo assetto *composito*, ovvero per la commistione tra soggetti istituzionali e della società civile, che hanno partecipato all'evento in condizioni di parità; per la «struttura di governance snella»[21] e l'assenza di finalità prestabilite (la libera espressione democratica dei partecipanti configurava un fine di per sé). La Conferenza è così «riconoscibile attraverso 'un'identità unica' e una Carta della conferenza cui tutti gli organizzatori degli eventi devono aderire»[22].

Una componente estremamente importante della Conferenza sul futuro dell'Europa – intesa come forum di discussione transnazionale – è stata la sua piattaforma digitale multilingue, prevista al fine di consentire non solo uno scambio più diretto tra le istituzioni europee e i cittadini, ma anche un dibattito aperto e plurale tra i cittadini stessi, anche fornendo loro strumenti di traduzione e di interpretazione simultanea. In questo particolare caso, l'ostacolo linguistico è stato dunque superato grazie all'impiego delle strutture e delle risorse (umane, tecnologiche, linguistiche) dell'Unione europea. Questo procedimento richiama per esempio alla mente l'operato della Commissione europea nel quadro dell'*ECI*, poiché la Commissione può fornire (e molto spesso fornisce) agli organizzatori di un'iniziativa europea dei cittadini il proprio supporto tecnico e amministrativo, garantendo, concretamente, uno spazio e una certa visibilità dell'iniziativa sul suo sito web, per farla conoscere ed ottenere il numero

[15] Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020, *Posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa*, 2019/2990(RSP), spec. § B.

[16] Conferenza sul futuro dell'Europa, *Relazione sul risultato finale*, 9 maggio 2022 (disponibile *online* sul sito del Governo italiano).

[17] La visione del presidente della Repubblica francese sarà poi ripresa nella sua *Lettera ai cittadini europei – Per un Rinascimento europeo* del 4 marzo 2019 (consultabile sul sito https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/per-un-rinascimento-europeo.it).

[18] Del Parlamento europeo, si vedano in particolare le risoluzioni del 15 gennaio 2020, precitata, 2019/2990(RSP), e del 18 giugno 2020, *Conferenza sul futuro dell'Europa*, 2020/2657(RSP); della Commissione, la comunicazione del 22 gennaio 2020, precitata, COM(2020) 27 final.

[19] Consiglio dell'Unione europea, *Conferenza sul futuro dell'Europa*, 27 gennaio 2020, 5547/20; 3 febbraio 2020, 5675/20; *Conference on the Future of Europe*, 24 giugno 2020, 9102/20; infine, *Conference on the Future of Europe – revised Council position*, 3 febbraio 2021, 5911/21. Si veda già Consiglio europeo, conclusioni del 12 dicembre 2019, EUCO 29/19, §§ 14-16.

[20] Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea del 10 marzo 2021 sulla conferenza sul futuro dell'Europa, *Dialogo con i cittadini per la democrazia – Costruire un'Europa più resiliente*, *GUUE* C 91 I del 18 marzo 2021, 1-4.

[21] *Ibidem.*

[22] *Ibidem* (corsivo aggiunto).

necessario di sottoscrizioni in più Stati membri[23]; per favorire, in altre parole, la diffusione dell'informazione e la partecipazione, avvalendosi dei canali ufficiali dell'Unione.
Seguendo un calendario prestabilito, gli 800 cittadini selezionati e riuniti in quattro «gruppi di lavoro» hanno affrontato temi quali il progresso economico e la trasformazione digitale, la giustizia sociale, lo sport, la cultura e l'educazione (*panel* 1); la democrazia europea e lo Stato di diritto (*panel* 2); i cambiamenti climatici, l'ambiente e la salute (*panel* 3); la migrazione e la politica internazionale dell'UE (*panel* 4). Queste tematiche dovevano «riflettere i settori in cui l'Unione europea ha la competenza ad agire o in cui l'azione dell'Unione europea sarebbe stata vantaggiosa per i cittadini europei»[24], in ossequio ai principi di attribuzione e di sussidiarietà, pur precisando che i cittadini sarebbero rimasti «liberi di sollevare ulteriori questioni» che li riguardassero[25]. Ci pare degno di nota che le discussioni tra cittadini all'interno della Conferenza potessero vertere, inoltre, «[sul]le fondamenta democratiche dell'Unione e come rafforzare i processi democratici che governano l'Unione europea»[26].
Come sottolineato dall'ex deputato europeo R. Corbett, la *CoFoE* celava enormi potenzialità, ma anche notevoli rischi, il più grande dei quali era forse quello di disattendere le aspettative dei cittadini che vi avevano aderito[27].

4. Qualche risultato e insegnamento dalla CoFoE. «*The Conference on the Future of Europe, which we are closing today, is a unique exercise and unprecedented in its scope, a breath of fresh air for our continent. Its conclusions constitute a very rich source of proposals, which each institution must examine within the framework of its competences*». Queste le parole del presidente E. Macron, intervenuto a Strasburgo nella cerimonia di chiusura della Conferenza, la cui relazione finale è stata accolta con favore da tutte le istituzioni presenti. I presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea hanno così ricevuto 49 proposte cardine e più di trecentoventi richieste di provvedimenti specifici. In aggiunta, il numero di accessi alla piattaforma digitale della Conferenza ha superato quota cinque milioni, e su di essa sono stati registrati più di cinquantamila contributi in innumerevoli iniziative e consultazioni *online*[28].
La Conferenza sul futuro dell'Europa ha simboleggiato un «soffio nuovo di democrazia», un moto comune supportato dalle istituzioni del «triangolo legislativo» dell'Unione; una struttura eclettica che doveva riunire, per essenza, i cittadini di tutte le Nazioni europee e porli al centro di essa, per invogliarli al dibattito, al confronto democratico, all'idea di cambiamento. I più attenti vedranno in questa denominazione una rievocazione della Convenzione sul futuro dell'Europa e della Conferenza intergovernativa (CIG) di Nizza, in seno alle quali venne concepito il fu Trattato «Costituzione» del 2004. Eppure, le due «Conferenze» rinviano a delle realtà organizzative e procedurali ben distinte, benché l'obiettivo ricercato fosse paragonabile in entrambe le occasioni, ossia riflettere su una possibile riforma del quadro istituzionale e «costituzionale» dell'Unione europea e, di

[23] Per maggiori dettagli, si veda P. Ponzano, *L'initiative citoyenne européenne : la démocratie participative à l'épreuve*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2012, 625; art. 4, reg. (UE) 2019/788, precitato e attualmente vigente, riguardante l'iniziativa dei cittadini europei.
[24] Dichiarazione comune del 10 marzo 2021 precitata.
[25] *Ibidem.*
[26] *Ibidem.*
[27] R. Corbett, *A progressive approach to the Conference on the Future of Europe*, 2021 (*online* sul sito della *Foundation for European Progressive Studies*).
[28] Conferenza sul futuro dell'Europa, *Multilingual Digital Platform of the Conference on the Future of Europe – Final Report*, 9 maggio 2022 (consultabile *online*).

conseguenza, delle politiche e delle norme che essa promuove[29]. Oltretutto, la simbolica del cittadino collocato «al centro» della democrazia europea è un'immagine ben nota[30], che le fonti primarie dell'Unione hanno ormai raccolto[31].

Alla luce dei progressi della Conferenza, diversi autori ed esperti europeisti concordano su un punto: l'Unione europea (i suoi cittadini ma anche i suoi dirigenti) necessita(no) di meccanismi «permanenti» di partecipazione ai processi decisionali, per sfruttare appieno il potenziale dei trattati e rafforzare al contempo la legittimità democratica dell'Unione[32]. Secondo A. Kavrakova, con la *CoFoE* si sono così potuti sperimentare nuovi metodi di coinvolgimento dei cittadini, replicabili in futuro[33]. La Commissione europea ha recepito questo avvertimento, e si è attivata di conseguenza. Essa ha annunciato – e intrapreso – una serie di azioni concrete per dare seguito alla Conferenza[34]. Un certo numero di proposte formulate in seno alla Conferenza è confluito, ad esempio, nel programma di lavoro per il 2023 della Commissione, influenzandolo[35]. Inoltre, come indicato in detto programma di lavoro, una «nuova generazione di panel di cittadini» potrà deliberare sulle iniziative legislative «in materia di sprechi alimentari, mobilità per l'apprendimento e mondi virtuali»[36]. I primi due temi sono già stati dibattuti, e i cittadini coinvolti hanno formalizzato le loro proposte (*recommendations*) destinate alla Commissione[37].

Non si può quindi dire che vi sia (stata) inazione da parte delle istituzioni, né tantomeno da parte dei cittadini europei, anzi. Ci pare, tuttavia, che le risoluzioni delle istituzioni manchino ancora di spessore, e talora di ambizione. Priorità è data ad una «reazione istituzionale» che non sconvolga l'esistente, ma piuttosto lo rifinisca[38]. Secondo le parole della vicepresidente

[29] Per quanto riguarda la *CoFoE*, tuttavia, tutte le tematiche potevano essere esplorate, «senza un esito prestabilito», come indicato nella dichiarazione comune del 10 marzo 2021 precitata, compresa *anche* – ma non solo – la questione di una potenziale revisione dei trattati.

[30] Cf. Commissione europea, *70 years of EU law – A Union for its citizens*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022 (consultabile *online*).

[31] Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

[32] A. Kavrakova, *Participation of European citizens in the EU legislative procedure*, in *ERA Forum*, 22, 2, 2021, 295. Si veda anche Parlamento europeo – Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali (autore: A. Alemanno), *Towards a permanent citizens' participatory mechanism in the EU*, PE 735.927, 2022; A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its Democratic Raison d'Être*, in *European Law Journal*, 2022; J. Greubel, *A new generation of European Citizens' Panels – Making citizens' voices a regular part of policymaking*, 2022 (*online* sul sito dell'*European Policy Centre*).

[33] *Ibidem.*

[34] Comunicazione della Commissione del 17 giugno 2022, *Conferenza sul futuro dell'Europa – Dalla visione all'azione*, COM(2022) 404 final.

[35] Comunicazione della Commissione del 18 ottobre 2022, *Programma di lavoro della Commissione per il 2023 – Un'Unione salda e unita*, COM(2022) 548 final, spec. 4-5.

[36] *Ibidem*, 5.

[37] *European Citizens' Panel on Food Waste – Final recommendations*, 20 aprile 2023 (23 proposte, *online*); *European Citizens' Panel on Learning Mobility – Final recommendations*, 3 maggio 2023 (21 proposte, *online*). La Commissione intende servirsene per perfezionare la sua valutazione d'impatto iniziale in materia di sprechi alimentari, o come spunto per una proposta di raccomandazione del Consiglio in materia di mobilità per l'apprendimento, da adottare nel corso del 2023.

[38] D'altronde, è difficile ipotizzare che i co-legislatori dell'Unione, Parlamento europeo e Consiglio, decidano *motu proprio* di rivedere il sistema istituzionale odierno, di cui essi sono il vero fulcro, a vantaggio di un'accresciuta partecipazione diretta dei cittadini nei processi decisionali. Parafrasando il messaggio del filosofo Giordano Bruno, chiedere al potere di riformare il potere… è un peccato d'innocenza, se non un'ingenuità bella e buona! La riforma dei trattati europei resta allora l'unica via credibile per superare democraticamente l'*impasse*?

della Commissione D. Šuica, infatti, la democrazia partecipativa «rinsalda la democrazia rappresentativa a livello europeo»[39]. Si tratta dunque, più che altro, di promuovere, grazie ai dispositivi partecipativi, «un'identità civica europea», a sostegno della costituzione di uno spazio civico europeo[40]. A oltre un anno dalla conclusione dei lavori della Conferenza, il processo di riforma resta peraltro un'opzione ipotetica, imprecisata, se non addirittura incerta… perfino agli occhi dei principali attori istituzionali[41]. L'apporto dei cittadini europei nel processo decisionale deve essere chiaramente definito, ma non per questo drasticamente (de)limitato. A questo proposito, e per inciso, se il Parlamento europeo acquisisse *anche* il diritto di iniziativa «generale e diretto» (da esso rivendicato in più occasioni[42], ivi compreso nel quadro della *CoFoE*[43]), le disposizioni di diritto primario sull'*ECI*, sul diritto di petizione europea e sulla politica d'informazione e di consultazioni ampie dei cittadini perderebbero, in parte, di significato. L'apporto dei cittadini sarebbe infatti "bypassato" dall'intervento, diretto e vincolante, del Parlamento europeo. Ciò rimetterebbe in discussione, tra l'altro, l'equilibrio istituzionale per come inteso dai trattati vigenti.

In conclusione, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha caratterizzato un processo «dal basso verso l'alto»[44], incentrato «sui» cittadini (e sulla rappresentatività delle loro riflessioni e proposte), più che «sul» cittadino (e sul suo reale impatto nella «meccanica» decisionale europea). «Caleidoscopio di democrazia»[45], tale evento non è da concepirsi in tensione – né tantomeno in contrasto – con il modello «classico» rappresentativo[46], ma complementare ad esso – anche se, agli occhi delle istituzioni europee, il primato del secondo sul primo è flagrante. In tal senso, secondo la Commissione europea, «[l]a conferenza non è intesa a sostituire la democrazia rappresentativa, ma vuole essere un mezzo per integrarla e rafforzarla»[47].

L'intera procedura sembra convergere verso un simulacro di riforma: la forma è delle più solenni, ma la sostanza resta praticamente immutata. La Conferenza è così divenuta, nel vero senso della parola, un «esperimento» o un «esercizio» di democrazia[48], e poco più: all'intenzione, nobile, di una redistribuzione della parola in Europa non ha corrisposto l'idea di una redistribuzione, in misura congrua, del potere decisionale; la proposta di un ipotetico riassetto istituzionale a livello europeo è peraltro, al momento, in fase di stallo. Non sono

---

[39] D. Šuica, *L'intégration européenne après la conférence sur l'avenir de l'Europe*, in P. Joannin e al. (a cura di), *Rapport Schuman 2023 sur l'Europe*, *L'état de l'Union*, Clichy, 2023, 51.

[40] *Ibidem*, 53.

[41] La stessa vicepresidente D. Šuica (si) pone il quesito: ci dirigiamo «[v]erso una revisione dei trattati?» (*ibidum*). Si veda, a tal proposito, Consiglio dell'Unione europea, *Conferenza sul futuro dell'Europa – Proposte e misure specifiche correlate contenute nella relazione sul risultato finale della Conferenza sul futuro dell'Europa: valutazione tecnica preliminare aggiornata*, 30 novembre 2022, 10033/1/22; *Conferenza sul futuro dell'Europa – Follow-up: relazione di sintesi preliminare sul questionario della presidenza*, 12 ottobre 2022, 12277/1/22.

[42] Una richiesta alla quale, per il momento, Commissione e Consiglio non hanno – evidentemente – aderito. Si veda, ad esempio, la risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, *Diritto di iniziativa del Parlamento*, 2020/2132(INI), spec. §§ 24-26.

[43] Dal canto suo, il Parlamento europeo «sottolinea che la Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato un'opportunità senza precedenti per affrontare le attuali carenze e dare nuovo slancio alla democrazia europea [*sic*], e incoraggia vivamente a seguire le raccomandazioni dei partecipanti alla Conferenza in favore di un autentico diritto di iniziativa per il Parlamento» (*ibidem*, § 27).

[44] Dichiarazione comune del 10 marzo 2021 precitata.

[45] G. Pagoulatos, S. Blavoukos, A. Kyriakidis, *The Conference on the Future of Europe: A Kaleidoscope of Democracy*, 2023 (on line sul sito dell'*Hellenic Foundation for European and Foreign Policy*).

[46] *Ibidem*, 16.

[47] Comunicazione della Commissione del 22 gennaio 2020, precitata, COM(2020) 27 final, 7.

[48] L'espressione «esercizio democratico europeo», impiegata per descrivere la Conferenza, figurava già nella dichiarazione comune del 10 marzo 2021 precitata.

inoltre ancora totalmente chiare le modalità con le quali la «nuova generazione di panel di cittadini» sarà incorporata d'ora in avanti nei processi decisionali delle istituzioni europee, né come essa si coordinerà con le pratiche e le procedure consultative definite dalla Commissione nelle sue linee guida in materia di «*Better regulation*»[49]. Un principio chiave dovrebbe comunque essere quello di garantire un processo celere, «snello e conciso»[50], evitando ridondanze o complicazioni inutili, in linea con gli sforzi della Commissione per «legiferare meglio».

L'UE si presenta (ancor) più come un sistema basato sul lavoro di istituzioni, «corpi intermedi» rappresentativi e amministrazioni di prossimità, che come un'immensa *agorà* di cittadini in costante dibattito. Il cittadino è insomma destinato a ritenersi un «oggetto», più che ad imporsi come un soggetto-attore decisivo, del diritto dell'Unione? Quello che forse maggiormente manca oggigiorno, non è tanto la fiducia dei cittadini nelle loro istituzioni, quanto la piena fiducia delle istituzioni nei loro cittadini, nella loro capacità di scegliere e di organizzarsi democraticamente, di «autodisciplinarsi», di decidere collettivamente del loro futuro e di rispondere di queste decisioni.

Il diritto – e quindi anche il diritto dell'UE – è materia viva. Se non rinnovati, con costanza e tenacia, i modi di percepirlo, analizzarlo, forgiarlo, correggerlo… il rischio più grande potrebbe essere quello di un ordinamento incompreso e incompleto, delegittimato; di una sua perdita d'incisività, di significato e, forse, d'identità. L'identità europea ha origini profonde, e non basterebbe il riferimento alla cittadinanza dell'Unione, istituita dagli anni Novanta, per riassumerne l'essenza. La matrice giuridica ha senz'altro contribuito a plasmare questa identità, che affonda in un'eredità condivisa, sognata da molti e da molti difesa, in tempi di fervore e in tempi di crisi. Non ci pare allora intempestivo rievocare le ultime righe del *Manifesto di Ventotene*, facendole nostre: «Oggi si cercano e si incontrano, cominciando a tessere la trama del futuro, coloro che hanno scorto i motivi dell'attuale crisi della civiltà europea, e che perciò raccolgono l'eredità di tutti i movimenti di elevazione dell'umanità, naufragati per incomprensione del fine da raggiungere o dei mezzi come raggiungerlo. La via da percorrere non è facile, né sicura. Ma deve essere percorsa, e lo sarà!»[51].

Abstract. In risposta alle ricorrenti critiche mosse all'Unione europea sulla mancanza di legittimazione «dal basso» delle sue politiche, l'inclusione nei trattati europei di meccanismi originali di democrazia partecipativa ha permesso di completare il modello della democrazia rappresentativa e di combattere il presunto «deficit democratico» dell'Unione. Più recentemente, a fianco degli strumenti partecipativi «classici» (elezioni europee, iniziativa dei cittadini europei, diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo, ecc.), la Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato un dispositivo democratico non espressamente previsto dai trattati, ma riconducibile al principio dell'art. 10, § 3, TUE secondo il quale «[o]gni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione». Se l'organizzazione e le modalità della Conferenza dimostrano la volontà delle istituzioni politiche europee di rilanciare la partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione, dando pieno significato alle disposizioni dei trattati, i risultati di tale iniziativa non chiariscono al momento il grado e gli effetti di questa rinnovata partecipazione ai processi decisionali europei. L'apertura democratica che la Conferenza avrebbe dovuto generare non si è ancora tradotta efficacemente nelle pratiche istituzionali, che preservano prudentemente il ruolo degli organi

[49] *Better Regulation Guidelines*, 3 novembre 2021, SWD(2021) 305 final. Si veda già la comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002, *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo – Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, COM(2002) 704 final.

[50] J. Greubel, *A new generation of European Citizens' Panels*, cit., 4.

[51] A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita*, *Progetto d'un manifesto*, 2017 (*online* sul sito del Senato), 81.

rappresentativi e l'equilibro complessivo del sistema istituzionale.

Abstract. In response to the recurrent criticism levelled at the European Union's policies lack of «bottom-up» legitimacy, the inclusion in the European treaties of original mechanisms of participatory democracy makes it possible to complement the model of representative democracy and combat the Union's alleged «democratic deficit». More recently, alongside the «classic» participatory instruments (European elections, European citizens' initiative, right of petition before the European Parliament, etc.), the Conference on the Future of Europe represents a democratic mechanism not expressly provided for in the treaties, but traceable to the principle of Art. 10(3) TEU, according to which '[e]very citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union'. While the organisation and modalities of the Conference demonstrate the will of the European political institutions to revive citizens' participation in the democratic life of the Union, giving full meaning to the provisions of the treaties, at present the results of this initiative do not clarify the degree and effects of this renewed participation in European decision-making processes. The democratic openness that the Conference was intended to generate has not yet been effectively translated into institutional practices, which prudently preserve the role of representative bodies and the overall balance of the institutional system.

Parole chiave. Conferenza sul futuro dell'Europa – Unione europea – democrazia – partecipazione – cittadini europei.

Key words. Conference on the Future of Europe – European Union – democracy – participation – European citizens.

IL RUOLO DELLA DEMOCRAZIA DELIBERATIVA NELLA COSTRUZIONE EUROPEA: ALCUNE RIFLESSIONI IN CHIAVE COMPARATIVA A PARTIRE DALLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA*

di Rosa Iannaccone**

Sommario. 1. Identità europea, rappresentanza e partecipazione. – 2. La Conferenza sul futuro dell'Europa: un complesso e stratificato momento partecipativo. – 3. L'esperienza europea nel quadro comparato. – 4. Considerazioni sulle problematiche dei meccanismi partecipativi in generale e della Conferenza in particolare. – 5. Brevi considerazioni sull'inclusione di istituti democratico-partecipativi a livello europeo.

1. Identità europea, rappresentanza e partecipazione. Il tentativo di riconoscere formalmente l'esistenza di un popolo europeo, contenuto nel mai entrato in vigore Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non è seguito con il Trattato di Lisbona, che pur ha mantenuto praticamente invariati gli sviluppi del diritto costituzionale già presenti nel precedente testo[1]. In base a quanto previsto dall'art. 2 TUE, infatti, i cittadini dell'Europa, così come i 21 Stati membri, costituiscono una società. Settant'anni di integrazione europea, quindi, non hanno portato alla nascita di un popolo europeo né tantomeno di uno Stato europeo[2], limitando così le possibilità della costruzione di un'identità comune[3].
Se è innegabile che la propensione alla democrazia e alla partecipazione abbiano caratterizzato lo sviluppo dell'Unione fin dalle sue origini, è altrettanto vero che si tratta di elementi difficili da attuare, soprattutto all'interno di un edificio così complesso istituzionalmente e funzionalmente[4]. Un passo avanti nel processo di integrazione e

* *Sottoposto a referaggio*.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Roma La Sapienza.

[1] V., *ex pluribus*, F. Balaguer Callejón, *El Tratado de Lisboa en el diván. Una Reflexión Sobre Estatalidad, Constitucionalidad y Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008.

[2] A. von Bogdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 670. *v*., tra tutti, F. Balguer Callejón, *La democrazia rappresentativa e l'Unione Europea*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1, 2017.

[3] Sulla relazione difficile tra l'identità europea e le identità costituzionali degli Stati membri v. A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20, 2018.

[4] Per un versante della dottrina l'UE sconta una mancanza strutturale, che supera la semplice democraticità delle sue istituzioni, generata dalla mancanza di una corrispondenza biunivoca tra funzione ed istituzione. Infatti, il più importante organo legislativo, il Consiglio dei Ministri, ha anche importanti poteri in campo esecutivo, ed è composto da rappresentanti degli esecutivi nazionali; la Commissione, che aspira ad essere l'unico esecutivo europeo, ha un ruolo strategico nel processo legislativo grazie al suo esclusivo potere di iniziativa. Per un altro gruppo di studiosi, invece, l'architettura istituzionale e il processo decisionale dell'Unione europea riflettono la sua duplice legittimità in quanto si tratta di un'unione di Stati e, allo stesso tempo, di cittadini. C. Di Maio, G. Laneve *La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2023, CXXIX. v. *ex multis*, V.N. Verola, *L'Europa legittima. Percorsi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, 2006; F. Raspadori, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Rivista Studi sull'integrazione europea*, 1, 2009; F. Palermo, *The White Paper on EU Governance: The Right Tool for the Wrong Means*, in *Committee of Regions, in The Contributions to*

democratizzazione della costruzione europea è stato senza dubbio compiuto con il passaggio da un Parlamento composto da rappresentanti dei legislativi nazionali, da questi ultimi nominati secondo diverse procedure, a un Parlamento eletto direttamente dai cittadini degli Stati membri, a cui si è aggiunto il progressivo aumento dei suoi poteri. L'art. 14, par. 2, TUE, novellato dal trattato di Lisbona, contiene infatti una definizione innovativa di questa istituzione rispetto a quella dell'art. 189 TCE, a sua volta risalente all'art. 137 del Trattato di Roma, poiché afferma che è composta dai «rappresentanti dei cittadini dell'Unione» e non dai «rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità». La nuova formula valorizza, quindi, la natura democratica del Parlamento europeo e mette in risalto la sua autonomia rispetto agli Stati membri. Si riconduce così la rappresentanza parlamentare all'interno del quadro giuridico inerente alla cittadinanza europea[5]. Ciò nonostante, se da un lato gli Stati membri hanno conferito al Parlamento europeo importanti poteri decisionali, dall'altro hanno conservato un forte potere di controllo sulla sua composizione, incidendo in maniera significativa sull'individuazione dei criteri necessari per assicurare una distribuzione su base nazionale dei seggi. Da ciò è derivata una profonda diversità nel rapporto tra corpo elettorale e popolazione: un *malapportionment* che rende il Parlamento europeo, sotto il profilo della rappresentatività, un organo «ibrido», in cui la ripartizione dei seggi non è proporzionale alla popolazione dei singoli Stati membri, né riflette pienamente il principio di parità tra questi ultimi[6]. A ciò si aggiungono altre sostanziali differenze in materia di regolamentazione delle elezioni europee, competenza lasciata agli Stati membri. Difatti, questi ultimi adottano una legislazione elettorale diversa in quanto sono stabiliti a livello comunitario solo alcuni principi, vale a dire la preferenza per un sistema elettorale proporzionale e la previsione di una soglia di sbarramento tra il 2% e il 5% dei voti validamente espressi, ancora non pienamente attuati da tutti gli Stati. A tale questione che di per sé impedisce di porre sullo stesso piano tutti i cittadini dell'Unione[7] si aggiungono anche le decisioni relative alla verifica dei poteri che relegano il Parlamento europeo a un mero ratificatore dei risultati proclamati

the 2008 Ateliers, Brussels, Committee of the Regions, 2009; G. Majone, *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico. Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2010; G. Pasquino, *Deficit democratico*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 3, 2012; T. Russo, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, 2011; L. Pech, S. Peers, *Referendum Briefing 3: Does the EU have a 'democratic deficit'?*, 2019.

[5] F. Battaglia, *La disciplina sull'elettorato passivo nel diritto dell'Unione europea tra competenze nazionali e principio d'autonomia del Parlamento europeo*, in *Dpce online*, 4, 2020, 4467. v. sulla centralità della cittadinanza europea nella costruzione europea B. Oliver León, *El derecho de sufragio como elemento estructural de la ciudadanía europea*, in *ReDce*, 4, 2005, con riferimento ai flussi migratori v. F. Savastano, *L'opportunità di un modello comune per l'acquisizione della cittadinanza europea*, in *Diritto e Società*, 4, 2018 e più in generale sulla cittadinanza europea *v.* V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994 M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur.*, VI, 1995; S. Cassese, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1996; E. Castorina, Introduzione allo studio della cittadinanza, Milano, 1997; S. Bartole, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *La Costituzione europea*, Padova, 2000; C. Pinelli, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Dir.*, 2007.

[6] L.G. Sciannella, *Il Parlamento europeo nel post-Brexit. Distribuzione dei seggi, malapportionment e principio di rappresentatività*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 153-154. V., altresì, F. Raspadori, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Rivista Studi sull'integrazione europea*, 1, 2009, Bari; M. Rubechi, *Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali*, in *Federalismi.it*, 11, 2019; C. Amalfitano, *Brexit ed elezioni del Parlamento europeo*, in *Federalismi.it*, 9, 2019; L. Di Stefano, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018.

[7] *v.* C. Fasone, *Il Parlamento europeo nell'Unione asimmetrica,* in A. Manzella, N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, 56 ss.; A. Ciancio, *A New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimate the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act*, in *Federalismi.it*, 23, 2015; G. Cavaggion, La *nuova "legge elettorale europea"*, in *Centro studi sul federalismo*, 02/2016; A. Ciancio, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista Aic*, 3, 2016; L.A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza politica nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018.

ufficialmente dagli Stati membri (art. 12, Atto elettorale europeo del 1976). La problematicità di tale aspetto si è resa evidente in occasione dell'elezione alla carica di parlamentare europeo dei catalani Oriol Junqueras, Carles Puigdemont e Toni Comín[8]. Questi, infatti, non sono stati proclamati ufficialmente dalla Giunta elettorale centrale spagnola poiché non avevano potuto adempiere a quanto previsto dalla Legge organica nazionale in materia di elezioni ossia partecipare alla cerimonia di giuramento sulla Costituzione e accreditarsi presso la Giunta elettorale centrale. Puigdemont e Comín non sono potuti rientrare in Spagna dato che nei loro confronti gravava un ordine di detenzione per la loro implicazione diretta nella vicenda indipendentista catalana, mentre Junqueras, in stato di carcerazione preventiva e imputato nel giudizio sul c.d. *proces*, non aveva ottenuto l'autorizzazione a parteciparvi dal Tribunale Supremo in quanto ha ritenuto che ciò avrebbe potuto costituire «un pericolo irreversibile» ai fini della conclusione del processo[9]. I tre sono entrati nell'esercizio delle funzioni solo dopo una sentenza del Tribunale di Giustizia dell'Unione che ha dichiarato la condizione di eurodeputato derivante unicamente dal voto degli elettori e pertanto non sottoponibile al successivo adempimento di alcuna formalità. Altro recente avvenimento che ha messo in luce come la rappresentanza a livello europeo di un popolo unionale risulti essere solo parziale è stata la sorte dei rappresentanti britannici dopo Brexit[10], dichiarati decaduti a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione. Si ritiene che in questa occasione non sia stata sufficientemente presa in considerazione la loro natura di rappresentanti del popolo europeo, ma siano stati ritenuti unicamente alla stregua di parlamentari nazionali presso un'organizzazione internazionale.

Appare, allora, evidente la polarizzazione tra una democrazia in cui il soggetto è un popolo configurato come grandezza unitaria al di sopra delle sue articolazioni e un modello che enfatizza la centralità nella costruzione europea del pluralismo[11] e della statualità.

Alla luce di quanto detto, lo scopo che ci si propone in questo contributo è interrogarsi sul ruolo che l'utilizzo di strumenti democratico-partecipativi, in funziona integrativa del principio rappresentativo, possa avere nella costruzione di un'identità europea. Ciò appare d'interesse sia in quanto, a livello comparativo, è possibile osservare, anche in contesti ordinamentali molto diversi tra loro, un sempre più frequente utilizzo di tali meccanismi in risposta alla cd. «crisi della democrazia»[12] e alla sempre maggiore distanza tra rappresentati e

---

[8] V. A. Di Chiara, *Verifica dei poteri ed immunità parlamentare degli eurodeputati indipendentisti catalani*, in *Dpce online*, 4, 2019; P. Van Elsuwege, *Empty Seats in the European Parliament: What About EU Citizenship?*, in *VerfBlog*, 09/07/2019; A. Carmona Contreras, *Las prerrogativas parlamentarias en la unión europea: unos personajes en busca de autor,* in *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 31, 2021; M. Lacambra Escobedo, *El estatuto jurídico de los parlamentarios y los requisitos de acceso al cargo: Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2022 y 149/2022, de 29 de noviembre. Recursos de amparo núms. 1194-2021 y 1212-2021. (BOE núm. 5 de, 6 de enero de 2023)*, in *Revista de las Cortes Generales*, 115, 2023; M.B. Rodríguez-Arana, *La autonomía de los Estados miembros para regular la adquisición de la condición plena de eurodiputado*, in *Revista de Derecho Político*, 118, 2023.

[9] L. Frosina, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di riforma dell'Unione europea*, in L. Cassetti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Napoli, 2024, 646-647.

[10] V. F. Fabbrini, R. Schmidt, *The Composition of the European Parliament in Brexit Times: Changes and Challenges*, in *European Law Review*, 5, 2019; A. Di Chiara, *La decadenza degli eurodeputati britannici e i suoi riflessi sul contesto italiano*, in *Federalismi.it*, 27, 2020.

[11] P. Ridola, *La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa*, in *ReDce*, 3, 2005, 5-6.

[12] V. *ex pluribus* A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014; L. Diamond, M.F. Plattner, *Democracy in Decline?*, Baltimore, 2015; P. Bilancia, *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018; T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago-London, OCP, 2018; M. Loughlin, *The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 2019; A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico*

rappresentanti[13], sia data la centralità che nella costruzione europea hanno i momenti che vedono il coinvolgimento del corpo elettorale.
Difatti, nell'ambito dell'Unione europea il rapporto tra democrazia e partecipazione politica ha assunto gradualmente sempre più rilevanza[14]. Oltre all'«iniziativa dei cittadini europei», che si configura in realtà come un'«iniziativa dell'iniziativa» dato che l'articolo 11.4 TUE prevede che un milione di cittadini europei, residenti in almeno sette Stati dell'Unione, possano invitare la Commissione a presentare una proposta di atto giuridico[15], si sono sviluppate prassi partecipative, o meglio «consultive», che hanno permesso di creare un collegamento con i cittadini, come ad esempio il coinvolgimento della società civile e dei gruppi di interesse, le pratiche di consultazione messe in atto dalla Commissione, il dialogo sociale, le forme di partenariato, i comitati consultivi e il dialogo civile promosso dal Comitato economico e sociale[16]. Difatti, fin dal *Libro Bianco* del 2001 (EC 2001), uno dei pilastri del modello di *governance* democratica europea è costituito da una partecipazione dei cittadini, tanto in veste di attori individuali quanto di entità (associative, culturali, sociali e produttive), più ampia per bacino di utenti e maggiormente estesa sia dal punto di vista delle tematiche che per dimensione temporale[17]. In anni più recenti, sono stati sperimentati a livello europeo anche altri strumenti democratici, più simili alla Conferenza sul futuro dell'Europa, come ad esempio i dialoghi e le consultazioni dei cittadini. I primi, avviati dalla Commissione Barroso e poi ripresi dalla Commissione Juncker, sono stati degli incontri prevalentemente di natura informativa, articolati in sessione di domande e risposte, che hanno dato un contributo, seppur limitato, al dibattito sulle prospettive future dell'Unione. I secondi, invece, sono stati concepiti come un'iniziativa più strutturata, sia a livello nazionale che transnazionale, ma hanno avuto una funzione puramente consultiva, non riuscendo a legarsi in modo funzionale al processo decisionale europeo[18].

2. La Conferenza sul futuro dell'Europa: un complesso e stratificato momento

dei termini "democrazia" e "costituzionalismo", in *Dpce online*, 3, 2020; T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020.

[13] La produzione in materia è vastissima. Solo per citare alcuni dei contributi più recenti si riportano: A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa: itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010; U. Alegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; Id., *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, 2011; R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in *Federalismi.it*, 2017; A. Floridia, *Un'idea deliberativa della democrazia: genealogia e principi*, Bologna, 2017; V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; A. Algostino, *Participatory Democracy and Its Dark Sides*, in *federalismi.it*, 12, 2020; G. Pepe, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Milano, 2020; F. Politi, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021; A. Di Gregorio, *Democrazia partecipativa e integrazione dei gruppi deboli. Una premessa*, in *Dpce online*, 2, 2023.

[14] P. Caraffini, *Recensione del volume: Maria Cristina Marchetti, Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, Milano, *2009*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 7/10/2010.

[15] N. Lupo, A. Manzella, *Il parlamento europeo*, Roma, 2024, 60.

[16] P. Caraffini, *Recensione del volume: Maria Cristina Marchetti, Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, cit. Sul ruolo degli istituti di democrazia partecipativa (in particolare, l'iniziativa legislativa e le forme di consultazione dei soggetti interessati che l'ordinamento europeo prevede nel processo di *policy-making* e di *rule-making*) nella creazione di un'identità politica europea attraverso la costruzione di una sfera pubblica comune v. D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppi attuali e prospettive*, in *Amministrazione in cammino*, 18/11/2019. In tal senso *v.* anche E. Di Salvatore, *Democrazia partecipativa e processo di integrazione europea*, in *Italian Papers on Federalism*, 2, 2013.

[17] C. Rabbito, *Il ruolo degli strumenti di e-participation nel processo di e-government. Il coinvolgimento dei cittadini nel policy making*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2008, 441.

[18] L. Frosina, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di riforma dell'Unione europea*, cit., 1433.

partecipativo. Come si anticipava, in risposta alle criticità legate alla democrazia contemporanea, diversi paesi hanno iniziato ad attuare meccanismi di democrazia diretta e deliberativa, che coesistendo con il sistema rappresentativo tradizionale lo completano[19], e l'Unione, per certi versi, non è stata immune a questa ondata di costituzionalismo partecipativo.

L'idea che le declinazioni sovranazionali del principio democratico non possano esaurirsi attraverso i canali della rappresentanza, ma trovino nella partecipazione un'ulteriore fonte di legittimazione del processo di integrazione, infatti, è maturata in seno all'Unione da anni ed è stata formalizzata nel Trattato di Lisbona[20]. L'attuazione più recente di tale idea è avvenuta con la Conferenza sul futuro dell'Europa. Si è trattato di un esperimento di democrazia partecipativa, interistituzionale e transnazionale, consistente in una serie di dibattiti e deliberazioni, con l'obiettivo di riunire le idee dei cittadini degli Stati membri su alcune questioni considerate imprescindibili per il futuro dell'Unione[21], anche attraverso l'utilizzo di una piattaforma digitale interattiva e multilingue. La giustificazione storica di tale esercizio di democrazia deliberativa è consistita nella necessità di rilanciare il progetto d'integrazione europeo dopo un decennio caratterizzato da crisi (dell'euro, migratoria, dello stato di diritto[22]), che hanno messo sempre più in luce l'insostenibilità per l'Unione europea dello *status quo*[23].

La dichiarazione congiunta sottoscritta all'epoca dal Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, dal Presidente di turno del Consiglio dell'UE, Antonio Costa, e dalla Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, qualificava l'iniziativa come uno spazio di discussione con e per i cittadini al fine di affrontare le sfide e le priorità dell'Europa, come la transizione ecologica e ambientale, l'immigrazione, la costruzione di un'economia solida ed equa ma anche questioni legate alla capacità dell'Unione di realizzare la propria agenda politica, quali il procedimento legislativo, l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, la trasparenza[24].

La Conferenza ha rappresentato una sorta dibattito decentrato, un esercizio *bottom-up* dalla natura ibrida, frutto di un compromesso tra visioni di fondo molto diverse. È per questo che sia nel suo mandato che nelle sue modalità di svolgimento, come si vedrà, si incontrano elementi propri tanto della democrazia rappresentativa quanto di quella partecipativa.

I lavori, inaugurati il 9 maggio 2021, sono stati articolati in due momenti che si sono svolti in seno alla Conferenza e in un terzo momento che è possibile definire «esterno». Il primo è consistito in una fase di ascolto, caratterizzata da eventi – strutturati nei formati più vari e organizzati da istituzioni europee, statali e locali e dalla società civile – e dalla possibilità per

[19] V. Soto Martínez, *La participación ciudadana en el proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008)* in *Serie Minuta*, 55-20, 2020, 3; M. Peña, *Mecanismos de participación ciudadana en la Convención Constitucional. Temas de la Agenda Pública*, in *Centro de Políticas Públicas UC*, 16, 1, 2021.

[20] *v.* E. Grosso, *Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra "democrazia rappresentativa" e "democrazia partecipativa"*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppo attuali e prospettive*, in *Diritto Pubblico*, 2009; D. Ferri, *L'Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2011.

[21] A.M. Cecere, B. Guastaferro, *La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 1-2, 2022, 242.

[22] Si tratta, quindi, di una «crisi multidimensionale», v. B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A. Poggi, *Dove va l'Europa? Percorsi e prospettive del* federalizing process *europeo*, in *Federalismi.it*, 7, 2019; L. Pace (a cura di), *Quo vadis Europa? Le sfide dell'Ue nel tempo delle crisi. Una riflessione multi- disciplinare*, Roma, 2023.

[23] F. Fabbrini, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 06/2021, 6.

[24] G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quaderni costituzionali,* 3, 2021, 701.

i cittadini di intervenire direttamente nel dibattito attraverso una piattaforma digitale[25]. La seconda fase, invece, è stata dedicata alla trasformazione delle idee raccolte in proposte operative mediante un'assemblea plenaria. Terminata la Conferenza in quanto tale si è, poi, aperta una terza fase «esterna» vale a dire quella della trasformazione delle proposte emerse dall'esercizio partecipativo in misure concrete, prima attraverso il lavoro del Comitato esecutivo e successivamente attraverso le decisioni delle tre istituzioni coinvolte.

Le unità organizzativa di base di tale meccanismo sono stati i panel, che sono stati sia nazionali che europei. Questi ultimi sono stati composti da cittadini selezionati con un criterio di casualità attenuata al fine di rappresentare la diversità sociologica dell'Unione e per assicurare un'ampia rappresentanza, pari ad un terzo, di giovani sotto i 25 anni. Ciascun panel è stato composto da 200 cittadini dei 27 Stati membri dell'UE, la cui ripartizione nazionale è stata basata sul principio della «proporzionalità digressiva» utilizzata per l'elezione del Parlamento europeo. Ogni Stato membro, inoltre, è stato rappresentato da almeno una donna e un uomo[26]. I risultati del lavoro dei panel, che si sono svolti durante quella che è stata definita la prima fase, sono stati convogliati nella già citata piattaforma multilingue, insieme alle proposte dei singoli cittadini[27].

Il compito di discutere sia le raccomandazioni espresse dai panel che i contributi pervenuti attraverso la piattaforma è spettato, nella seconda fase, alla Plenaria della Conferenza[28], organo composito rappresentativo tanto delle istituzioni europee come della società civile nelle sue diverse articolazioni interne ed esterne alla Conferenza. È stato, invece, il Comitato Esecutivo, composto da una rappresentanza paritaria di Parlamento, Consiglio e Commissione (tre rappresentanti e massimo quattro osservatori ognuno), a trasformare, con una significativa libertà d'azione, il *mare magnum* delle raccomandazioni formulate nelle precedenti fasi nelle vere e proprie proposte che hanno poi costituito il prodotto finale della Conferenza[29].

3. L'esperienza europea nel quadro comparato. Per definire con maggiore chiarezza natura, significato e funzione della Conferenza sul futuro dell'Europa, alcuni spunti di riflessione utili possono trarsi dalla comparazione con altre recenti esperienze caratterizzate

[25] A.M. Cecere, B. Guastaferro, L*a Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità*, cit., 245 e ss.

[26] *v.* A. Alemanno, U*nboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*, in *European Law Review*, 26, 2020; F. Fabbrini, *Reforming the EU Outside the EU? The Conference on the Future of Europe and Its Options*, in *European Papers*, 2, 2020; M. Alander, N. Von Ondarza, S. Russack (a cura di), *Managed Expectations: EU Member States' Views on the Conference on the Future of Europe*, in *EPIN Report*, 2021; F. Martines, *CoFoE: uno strumento di partecipazione per rafforzare la legittimità dell'Ue*, in *AISDUE*, II, 2021; L. Lionello, *Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati,* in *AISDUE*, II, 2022; G. Sgueo, *I tre problemi della Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2022; B. Guastaferro, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa al confronto istituzionale sulla revisione dei trattati*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022; P. Severino, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2022.

[27] N. Verola, F. Ghersini, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE*, cit., XXXII ss.

[28] È stata composta da 449 partecipanti, di cui 108 membri del Parlamento europeo, 108 rappresentanti dei Parlamenti nazionali, 54 rappresentanti del Consiglio (due per ciascuno Stato membro), 3 rappresentanti della Commissione europea, 108 rappresentanti dei cittadini – ossia 80 membri dei 4 panel europei (20 per ogni panel e almeno 1/3 di età inferiore ai 25 anni), un presidente del Forum europeo della gioventù e 27 rappresentanti di eventi e/o panel nazionali – 18 del Comitato economico e sociale europeo, 12 rappresentanti delle parti sociali, 8 rappresentanti della società civile, 18 rappresentanti del Comitato delle regioni, 6 rappresentanti eletti delle autorità regionali e 6 rappresentanti eletti delle autorità locali

[29] N. Verola, F. Ghersini, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE*, cit., XXXV – XXXVI.

Issn 2421-0528

da uno spiccato elemento deliberativo. Si tratta di alcuni momenti costituenti (si pensi ai casi di Islanda, Tunisia e dei Paesi andini)[30] e di riforma costituzionale (come le assemblee convocate in Irlanda e Francia)[31] e delle assemblee o convenzioni cittadine istituite al fine di raccogliere proposte per la mitigazione degli effetti della crisi ambientale[32]. Le differenze tra tali esperienze sono numerose, vanno dalla diversa realtà ordinamentale in cui sono state inserite fino ai loro scopi. Allo stesso tempo, però, hanno significativi elementi in comune,

[30] Il processo costituente islandese ha prestato molta attenzione al coinvolgimento dei cittadini. Oltre a prevedere modalità di partecipazione fisica, come la convocazione di incontri pubblici e due referendum popolari sul progetto di revisione costituzionale, è stato caratterizzato anche per un ampio ricorso alla rete, tanto che la bozza del testo è stata discussa ed elaborata attraverso i *social network*, e in particolare, Facebook e Twitter. Proprio per questo è stata definita «*the first crowdsourced constitution*» (v. L.G. Sciannella, *Il processo costituente islandese e la democrazia 2.0*, in C. Di Marco, F. Ricci, L. Sciannella, *La democrazia partecipativa nell'esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile?*, Napoli, 2012) . Anche la redazione di una nuova Costituzione in Tunisia si contraddistinse, sin dall'inizio, per l'elevato numero e l'ampia varietà degli attori informali coinvolti. Tra questi i più significativi furono: gli esperti internazionali, gli esperti nazionali, i Paesi vicini, la società civile tunisina e alcuni deputati fuoriusciti temporaneamente dall'Assemblea. Un ruolo centrale venne svolto anche dalla partecipazione popolare, che trovò la sua scintilla di innesco nelle organizzazioni della società civile stessa e in particolare, nei «corpi intermedi» e nei «cyber attivisti». (T. Abbiate, *La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale*, in *IANUS*, 11, 2014, 11 ss. v. T. Groppi, I. Spigno (a cura di), *Tunisia, la primavera della Costituzione*, Roma, 2015; T. Abbiate, *La partecipazione popolare ai processi costituenti – L'esperienza tunisina*, Napoli, 2016). Infine, nelle esperienze andine, vale a dire quelle di Colombia, Ecuador e Bolivia, la partecipazione popolare ha caratterizzato l'intera procedura di elaborazione della nuova norma fondamentale. Si realizza, così, un ampliamento dei momenti e del novero degli strumenti che garantiscono il coinvolgimento popolare nella formazione della Costituzione, andando oltre la fase dell'elezione dei costituenti e senza fermarsi alle sole consultazioni referendarie. Tra tali strumenti è possibile annoverare l'iniziativa legislativa costituzionale popolare, riunioni di vario tipo sia a livello nazionale che territoriale, forum deliberativi. (v. C. Saunders, *Constitution-making in the 21st century*, in *International Review of Law*, 4, 2012; G.L. Negretto, *Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada*, in *Revista de ciencia política*, 1, 2015; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, Cile, 2015; V. Soto, M. Ferrero, *Participación ciudadana, fortalecimiento democrático y mecanismos de incidencia en los procesos constituyentes*, in *Serie Informes*, Biblioteca del Congreso Nacional, 22, 2021; F. Flores, *Participación Ciudadana en Asambleas Constituyentes*, in *Contexto*, 1/02/2021). Si consenta, il rinvio a R. Iannaccone, *I processi costituenti "partecipati": il caso cileno*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2022.

[31] All'interno dell'ordinamento irlandese, il ricorso allo strumento referendario nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale è, a norma dell'articolo 47 del *Bunreacht na hÉireann*, obbligatorio. Inoltre, al fine di rendere i processi di riforma ulteriormente partecipati, nel 2012 e nel 2016, l'Irlanda ha sperimentato, un particolare strumento, la *Convention on the Constitution*. In Francia il «*Gran Débat National*» è stato avviato, nel gennaio 2019, su iniziativa del Presidente Macron al fine di rispondere alla crisi di legittimazione che stava investendo le istituzioni francesi in seguito al movimento dei gilet gialli, nato contro l'aumento dei prezzi del carburante e l'elevato costo della vita. Si è svolto per due mesi e ha riguardato quattro grandi temi ritenuti di particolare centralità, vale a dire fisco e spesa pubblica, organizzazione dei servizi pubblici, transizione ecologica, democrazia e cittadinanza.

[32] Si tratta soprattutto, ma non solo, della *Convention Citoyenne pour le Climat* francese, organizzata *Conseil économique, social et environnemental* su richiesta del Primo Ministro Philippe; dell'*Asamblea Ciudadana para el Clima* spagnola, concepita come un forum permanente di consultazione dei cittadini nel quadro del processo politico di transizione verde, e della *Climate Assembly* britannica, istituita su richiesta di sei Select Committees della Camera dei Comuni. A proposito di tali esperienze, v., *ex pluribus*, T.G. Bouricius, *Democracy Through Multi-Body Sortition: Athenian Lessons for the Modern Day*, in *J. Public Deliberation*, 9, 2013; O. Escobar, S. Elstub, *Forms of Mini-publics. Research and Development*, in *newDemocracy,* 2017, Organisation for Economic Cooperation and Development, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*, Paris, 2020; R, Willis, N. Curato, G. Smith, *Deliberative democracy and the climate crisis*, in *WIREs Climate Change*, 13, 2022; J. Boswell, R. Dean, G. Smith, *Integrating citizen deliberation into climate governance: Lessons on robust design from six climate assemblies*, in *Public Administration*, 101, 2022; A. Fiorentino, *La democrazia partecipativa tra crisi della democrazia rappresentativa e crisi climatico-ambientale: alcune riflessioni sulla fioritura delle assemblee dei cittadini per il clima*, in *Federalismi.it*, 24, 2023; G. Mannarini, *Citizens' Assemblies as Articulations of Democratic Participation between Criticalities and Perspectives*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2023.

come il fatto che sono seguite a momenti di delegittimazione delle *élite* politiche e di intensa crisi politica, sociale ed economica[33] così come l'attenzione per specifiche tematiche, la loro composizione e le modalità organizzative dei loro lavori. Queste caratteristiche risultano essere particolarmente utili ai fini di un più chiaro inquadramento della Conferenza sul futuro dell'Europa. Proprio in ragione di ciò, in questa sede, non si realizzerà una ricostruzione delle singole esperienze, ma si procederà a sottolineare punti di continuità e differenze che consentano di riflettere circa il ruolo che la democrazia partecipativa evocata dalla Conferenza può avere nella definizione, sempre in evoluzione, dell'identità europea.

Dalla lettura comparata delle summenzionate esperienze emergere una linea di tendenza in fatto di tematiche trattate, seppur declinate in ognuna in modo distinto. Si tratta della tutela ambientale, della rivitalizzazione della democrazia e della protezione di «nuovi» diritti. Quella ambientale e della transizione ecologica, oltre ad essere il fondamento delle assemblee cittadine sul clima, è stata particolarmente rilevante anche nei processi costituenti andini (ecuadoriano, boliviano e cileno) così come in quello islandese[34], nella Conferenza europea e nel *Gran Débat National* francese[35], avviato nel gennaio 2019 su iniziativa del Presidente Macron. Questi ultimi due organismi hanno dedicato, altresì, parte dei propri lavori al dibattito sulla democrazia e sugli strumenti per renderla maggiormente effettiva. Più in generale, essendo intrinseco nel loro mandato, il dibattito sul regime democratico ha occupato anche i lavori di tutte le assemblee costituenti menzionate, che hanno deciso, altresì, di inserire la disciplina di meccanismi di democrazia partecipativa all'interno dei testi che hanno proposto. Infine, per quanto riguarda i «nuovi» diritti, questi, oltre ad essere strettamente connessi con il tema ambientale, lo sono stati anche con la questione di genere (ad esempio in Irlanda in materia di matrimonio egualitario nel 2013, di depenalizzazione dell'aborto nel 2016 e di uguaglianza tra i generi nel 2019, in Tunisia nel corso del processo costituente del 2011 e in Cile in quello del 2021), con la tutela delle categorie marginalizzate (come nei testi ecuadoriano e boliviano con riferimento, ad esempio, alle popolazioni indigene e alle persone con disabilità, così come in quello tunisino) e più in generale con le nuove tecnologie (in particolar modo nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa e del processo costituente cileno del 2021).

Altro aspetto che contraddistingue queste esperienze, probabilmente quello maggiormente interessante, coincide con le regole stabilite per la composizione di questi consessi democratico-partecipativi. Indipendentemente da che si sia trattato di assemblee costituenti, di riforma costituzionale o convocate per la discussione della materia ambientale è stato contemplato per la selezione dei loro membri un concetto maggiormente complesso di

[33] A livello europeo se la legittimazione di tipo giuridico-istituzionale è andata progressivamente avanzando, quella di tipo politico si è fermata e addirittura ha arretrato, lasciando emergere aree di disaffezione, di dissenso e di contrarietà al progetto europeo. (B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A. Poggi, *Dove va l'Europa? Percorsi e prospettive del* federalizing process *europeo*, cit., 14).

[34] v. U. Allegretti, *Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013; S. Bagni, *Procesos constituyentes participados y forma del estado*, in *Revista general de derecho publico comparado*, 13, 2013; L. Eymard, *From the French Citizens' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A participatory science and democracy perspective*, in *European Law Journal*, 26, 2020; R. Iannaccone, *Le decisioni della Convenzione Costituzionale cilena in materia ambientale: tra un futuro modello di costituzionalismo e una nuova forma di Stato*, in *Dpce online*, 58, SP2, 2023: *Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal Diritto comparato*, D. Amirante, R. Tarchi (a cura di), D. Vitale, *Tutela ambientale e Conferenza sul futuro dell'Europa: quali prospettive?*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2023.

[35] Tra tutti, v. P. Piciacchia, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *Dpce online*, 3, 2020.

rappresentanza, che non si esauriva nella sua concezione politica[36], intesa come esistenza di un rapporto fiduciario tra rappresentante e rappresentato, ma si estendeva anche a quella «sociologica», basata sulla «somiglianza» tra i due poli del rapporto, sul loro *idem sentire*, e quindi ad una rappresentanza maggiormente descrittiva del popolo nelle sue varie sfaccettature[37]. Pertanto, i metodi di selezione utilizzati a tal fine sono stati sia quello elettivo, contraddistinto da formule elettorali appositamente disegnate e adoperato principalmente per la composizione delle assemblee costituenti, sia il sorteggio[38], seppur temperato, usato per definire i membri della costituente islandese, delle convenzioni irlandesi, delle assemblee climatiche e dei panel della Conferenza sul futuro dell'Europa.

Solo per menzionare alcuni casi particolarmente illustrativi, la *Convention Citoyenne pour le Climat*[39] francese, organizzata dal *Conseil économique, social et environnemental* su richiesta del Primo Ministro Philippe, è stata composta da 150 cittadini estratti a sorte nel rispetto di criteri quali l'età, il genere, il livello di istruzione, la provenienza geografica (rurale o cittadina) e il tipo di occupazione. Gli stessi criteri, a grandi linee, sono stati adottati anche per la selezione dei membri dell'*Asamblea Ciudadana para el Clima*[40] spagnola – istituita dalla *Ley 7/2021 de cambio climático y transición energética* – e della *Climate Assembly* britannica[41] – convocata su richiesta di sei *Select Committees* della Camera dei Comuni –, che ha coinvolto 110 cittadini selezionati anche in base alla loro posizione rispetto alla questione ambientale, così come dalle altre assemblee sul clima recentemente convocate. Passando al caso irlandese, le assemblee cittadine sono state convocate in molteplici occasioni. In particolare, lo strumento della *Convention on the Constitution* è stato utilizzato nel 2012 e nel 2016, al fine di integrare quello referendario previsto per la riforma del *Bunreacht na hÉireann* dall'art. 47. Nel primo caso, la Convenzione è stata composta da 100 membri dei quali 33 selezionati dai partiti politici tra i rappresentanti di entrambe le Camere, un componente scelto dall'Esecutivo con funzione di presidente e i restanti scelti aleatoriamente in modo, però, da essere ampiamente rappresentativi della società irlandese e da garantire la parità di genere. Nel secondo, invece,

[36] Sul concetto di rappresentanza politica si rimanda a F. Lanchester, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo* in S. Rogari (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, 2006.

[37] V. G. Sartori, *La rappresentanza politica*, in Biblioteca del Senato «Giovanni Spadolini», *La lezione di Sartori. La rappresentanza politica*, 2018; M. Zafra Víctor, *El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori*, in *Revista Española de Ciencia Política*, 39, 2015; H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, 1967.

[38] V. D.C. Mueller, R.D. Tollison, T.D. Willett, *Representative Democracy Via Random Selection*, in Public Choice, 12, 1972; L. Carson, B. Martin, *Random Selection in Politics*, Westport, 1999; A. Pluchino *et al.*, *Democrazia a sorte. Ovvero la sorte della democrazia*, Catania, 2012; G. Delannoi, O. Dowlen, *Sortition: Theory and Practice*, Exeter, 2016; Y. Sintomer, *De la démocratie délibérative à la démocratie radicale? Tirage au sort et politique au XXI siècle*, in *Participations*, 23, 2019; A. Zei, *Il diritto e il caso. Una riflessione sull'uso del sorteggio nel diritto pubblico*, Napoli, 2023. V., altresì, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2016: F. Lanchester, *Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle assemblee parlamentari*; G. Scaccia, *Democrazia a sorte: problemi e opportunità, in Nomos. Le attualità nel diritto*; Y. Sintomer, *Sorteggio e democrazia deliberativa. Una proposta per rinnovare la politica del XXI secolo*; A. Zei, *L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel diritto pubblico*, cit.

[39] *Ex multis*, v. D. Courant, *La Convention citoyenne pour le climat. Une représentation deliberative*, in *Revue Projet*, 378, 2020; S.P. Florent Gougou, *Décider ensemble. La convention citoyenne pour le climat et le défi démocratique*, in *La vie des idées*, 2020; T. Pech, *Le Parlement des citoyens - La Convention citoyenne pour le climat*, SEUIL, 2021; M. Gaborit, *La Convention citoyenne pour le climat dans son écosystème. Entre activisme délibératif et délibération contestatrice*, in *Participations*, 33, 2022.

[40] V., tra gli altri, E.M. Álvarez-González, *Asamblea ciudadana para el clima: ¿hacia un verdadero derecho a la participación ciudadana en materia de medio ambiente?*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 122, 2022; C. Plaza Martín, *La emergencia de asambleas ciudadanas de cambio climático en la Unión Europea. El caso de España*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 124, 2022.

[41] V., *ex multis*, S. Elstub, J. Carrick, D.M. Farrell, P. Mockler, *The Scope of Climate Assemblies: Lessons from the Climate Assembly UK*, in *Sustainability*, 13, 2021; C.E. Cherry, S. Capstick, C. Demski, C. Mellier, L. Stone, C. Verfuerth, *Citizens' climate assemblies: Understanding public deliberation for climate policy*, Cardiff, 2021.

per la discussione sulla regolamentazione dell'aborto, l'assemblea è stata formata, oltre che da una giudice della Corte Suprema irlandese con funzioni di presidente, da 99 membri selezionati casualmente, senza alcun rappresentante politico, e con un ruolo centrale dell'università al fine di garantire la qualità del processo attraverso la diffusione di informazioni chiare e inclusive su tutte le posizioni[42]. Anche per la selezione dei 25 componenti della *Stjórnlagaráð* (assemblea costituente) islandese sono stati considerati alcuni parametri, quali la non appartenenza ad un partito politico, la varietà di estrazione professionale, la rappresentanza dell'associazionismo organizzato, quella di persone in condizioni di malattia o disabilità e la parità di genere.

Passando, invece, all'altro metodo di selezione utilizzato per la composizione delle assemblee costituenti, le formule elettorali impiegate hanno avuto lo scopo di garantire un'equa rappresentanza di genere, attraverso apposite quote o applicando il principio di parità, e il rispetto della differenza etnica, prevedendo alcuni «seggi riservati». Nonostante ciò, però, la formazione di assemblee paritarie non sempre si è concretizzata a causa di alcuni effetti distorsivi del sistema elettorale. In Tunisia, ad esempio, anche se la legislazione elettorale per l'elezione della costituente aveva previsto la parità nella composizione delle liste elettorali, risultarono elette solo 49 donne su 217 componenti, ossia il 24%, in quanto la grande maggioranza delle posizioni di capilista fu occupata da uomini. Un simile risultato si ebbe in Bolivia dove l'«*equidad de genero*» fu prevista esclusivamente nella composizione delle liste elettorali attraverso l'alternanza e comportò l'elezione di sole 88 donne (il 34,51%) su un totale di 255 costituenti. Proprio per evitare tale distorsione, in Cile, in occasione del processo costituente che ha avuto inizio nel 2021, non è stata prevista solo l'alternanza all'interno delle liste elettorali, ma anche alcuni meccanismi di correzione in modo che la differenza massima tra i generi oscillasse tra il 45% di rappresentanti di un genere e il 55% a favore dell'altro. La logica sottesa a questa misura è stata assicurare la presenza di più donne nella Convenzione, auspicando l'adozione di un approccio di genere nell'elaborazione del nuovo testo costituzionale. Sorprendentemente, tale correzione è stata applicata in 11 casi a favore di uomini e solo in 5 casi a favore di donne. Anche per quanto concerne la rappresentanza indigena il caso cileno è emblematico in quanto, sempre in occasione di quel processo costituente, è stata prevista la presenza di 17 seggi riservati ai rappresentanti dei popoli indigeni, proporzionalmente alla loro consistenza numerica (7 per i Mapuche, 2 per gli Aymara e 1 per ciascuno degli altri popoli, cioè Rapa Nui, Quechua, Atacameño, Diaguitas, Collas, Kawéskar, Yaganes e Changos)[43].

Non può poi trascurarsi l'analisi dei meccanismi di funzionamento di tali istituti democratico-partecipativi. Difatti, le assemblee dei cittadini, quelle costituenti e la Conferenza sul futuro dell'Europa sono state accomunate da un'organizzazione dei lavori ripartita in tre fasi interne al meccanismo deliberativo e una esterna coincidente con il recepimento istituzionale delle indicazioni elaborate. Seppur con alcune differenze, queste esperienze si sono aperte con un momento che è possibile definire «informativo e di ascolto» in cui sono stati auditi, in diverse

[42] *v.* P. Addis, *Ireland's Call: la vigilia di un duplice referendum costituzionale*, in *Diritti comparati-Blog*, 21/05/2015; S.A. Suteu, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, in *Comp. L. Rev.*, 38, 2015; C. Harris, R. Lewanski, *Come decidere le grandi riforme: il caso irlandese*, il Mulino, 4, 2015; D.M. Farrell, J. Suiter, C. Harris, *'Systematizing' constitutional deliberation: the 2016–18 citizens' assembly in Ireland*, in *Irish Political Studies*, 34:1, 2019; D. Farrell, J. Suiter, R*eimagining Democracy: Lessons in Deliberative Democracy from the Irish Front Line*, Cornell UP, 2019; A. Baraggia, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2022.

[43] Sul sistema elettorale utilizzato per la composizione dell'assemblea costituente del 2021 v. *ex multis* S. Ragone, J.I. Núñez Leiva, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *Dpce online*, 1, 2021, 3 ss.; R. Iannaccone, *La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1, 2021, 5 ss.

forme, esperti delle materie in discussione con lo scopo di presentare, a volte solo ai membri del consesso, altre alla cittadinanza in generale, posizioni che ricoprissero più opzioni possibili.
Sono seguite, la fase «di discussione» interna all'assemblea e quella «di raccolta ed elaborazione delle proposte». È principalmente rispetto a queste ultime due che vi sono maggiori differenze tra le esperienze che si stanno trattando. Per quanto concerne le assemblee cittadine, indipendentemente dal motivo della loro convocazione, quindi tanto in quelle sul clima quanto in quelle di riforma costituzionale, la fase partecipativa vera e propria si è svolta interamente al loro interno: è stato il gruppo di cittadini, selezionati in base ai criteri rappresentativi di cui si è già detto, a raggiungere attraverso la deliberazione un accordo sulle misure da proporre alle istituzioni. Diverso è il caso dei processi costituenti partecipativi. Il coinvolgimento del corpo elettorale, infatti, è avvenuto all'esterno delle assemblee costituenti, attraverso i più eterogenei meccanismi quali, tra gli altri, forum nazionali, consultazioni pubbliche, sondaggi online, incontri territoriali, proposte di norme costituzionali. È stato, poi, compito del costituente tradurre e raccogliere le indicazioni popolari nelle norme dei testi costituzionali che stava elaborando, coincidendo questa fase con quella che è stata prima definita di recepimento istituzionale.

4. Considerazioni sulle problematiche dei meccanismi partecipativi in generale e della Conferenza in particolare. L'analisi appena realizzata consente di leggere in modo più chiaro la Conferenza sul futuro dell'Europa consentendo di posizionare tale esperienza nel quadro comparato e, alla luce di questo, analizzarne tanto le caratteristiche originali e innovative quanto le mancanze, per comprendere se e in che modo l'utilizzo di meccanismi partecipativi possa incidere nella costruzione di un'identità europea.
La Conferenza sul futuro dell'Europa si posiziona a metà tra le esperienze delle assemblee cittadine e quelle delle costituenti, pendendo verso uno dei due poli a seconda della fase che si considera: così come le prime, anche il consesso europeo è stato caratterizzato da una fase deliberativa interna coincidente con i lavori dei panel tematici, ma la scelta di utilizzare una piattaforma digitale, al fine di consentire a quanti più cittadini possibile di intervenire direttamente nel dibattito, lo ha in parte spostato all'esterno avvicinando il funzionamento della Conferenza a quello delle costituenti. Inoltre, tale piattaforma ha funzionato sia durante la fase di ascolto che nel corso di quella deliberativa. Per di più, l'esperienza europea condivide con i processi costituenti partecipativi anche parte della fase di recepimento dato che è spettato alla Plenaria raccogliere le varie proposte realizzate nel precedente momento. Questo passaggio ha marcato il rientro della Conferenza nell'alveo della tradizionale democrazia rappresentativa, mentre quello dalla Plenaria al Comitato Esecutivo – che non ha alcun corrispondente nelle altre esperienze trattate – ha segnato la normalizzazione delle proposte attraverso i meccanismi tradizionali del negoziato interistituzionale europeo[44]. È evidente, quindi, il compromesso, che ha caratterizzato la costruzione e lo svolgimento dei lavori della Conferenza sul Futuro dell'Europa, tra concezioni di democrazia in competizione, da un lato quella partecipativa, dal basso verso l'alto, e dall'altro quella rappresentativa, guidata dalle *élites*[45].
Come già detto, ad accomunare l'esperienza democratico-partecipativa europea alle altre trattate sono tanto aspetti innovativi quanto problematici. Rispetto ai primi, elementi in comune sono, in particolare, i temi affrontati e l'attenzione alla rappresentanza di gruppi

[44] N. Verola, F. Ghersini, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2023, XXXV – XXXVI.
[45] F. Fabbrini, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, cit., 12.

solitamente sottorappresentati, come i giovani e le donne. Per quanto concerne questo secondo elemento, però, si ritiene che sarebbe stato possibile implementarlo ulteriormente non solo in termini di parità, ma anche di inclusione di altre categorie solitamente "emarginate" come le persone che si riconoscono nel collettivo LGBTQIA+, i migranti, le persone con disabilità.

Inoltre, l'utilizzo del sorteggio come metodo di selezione dei membri coinvolti nella fase propriamente deliberativa non è scevro da conseguenze e porta a riflettere su due questioni strettamente connesse tra loro. Da una parte, la non necessaria coincidenza tra l'appartenere ad un gruppo e avere una data opinione sul tema oggetto di dibattito, che è stato in alcuni casi mitigato dall'introduzione di un apposito criterio di selezione, come avvenuto per la composizione della *Climate Assembly* britannica, e, dall'altra, il rischio di non considerare debitamente la presenza di alcune categorie che potrebbero essere maggiormente colpite dalle decisioni assunte così come di non tenere in conto il criterio della competenza. Mentre le prime due problematiche potrebbero essere risolte adottato un opportuno temperamento dell'aleatorietà della selezione, sarebbe più difficile farlo per l'ultima in quanto si rischierebbe di incorrere proprio in alcune delle critiche che hanno motivato l'adozione di strumenti democratico-partecipativi, come l'elitismo.

Altro elemento da tenere debitamente in considerazione nella valutazione di questi istituti è il ruolo centrale svolto dagli esecutivi, nella fase di convocazione delle assemblee e di recepimento delle proposte, e dalle agenzie di facilitazione, logistica e comunicazione nell'organizzazione di tali eventi. Da un lato, infatti, qualora l'utilizzo di questi strumenti dovesse essere più frequente si rischierebbe un ulteriore accentramento di funzioni negli esecutivi a discapito degli altri organi statali e in particolare dei legislativi. Dall'altro, la privatizzazione di questo tipo di attività non solo potrebbe esacerbare le derive tecnocratiche degli Stati contemporanei e l'influenza che ricoprono le grandi imprese al loro interno, ma potrebbe comportare anche il mancato rispetto di elementi cardine del funzionamento democratico degli Stati come la tutela delle posizioni minoritarie. A ciò si aggiunge che, nella quasi totalità delle esperienze democratico-partecipative, l'organo che si è occupato di convocare l'assemblea è anche quello che ha circoscritto la discussione relativamente ai temi da trattare e agli effetti che avrebbe avuto nell'ordinamento. È, quindi, possibile che i primi non coincidessero, in tutto o in parte, con gli interessi della cittadinanza. Tale rischio potrebbe essere, almeno in parte, attenuato nel caso in cui a svolgere tale funzione sia il legislativo in qualità di istituzione composita e rappresentativa di posizioni diverse. Ad essere particolarmente interessante a proposito di quanto appena detto è stato il processo deliberativo che si è svolto in Belgio tra il 2011 e il 2012, il cd. «G1000», in quanto l'agenda dell'assemblea è stata organizzata attraverso una consultazione pubblica online[46]. La centralità ricoperta dalla tipologia di istituzione che si occupa di convocare l'assemblea, non solo per la scelta delle tematiche da trattare, ma più in generale per lo svolgimento di suoi lavori e per gli effetti dei suoi risultati è evidente anche da quanto avvenuto in occasione della Conferenza sul futuro dell'Europa. Difatti, nonostante la proposta del Parlamento europeo e di alcuni Stati membri di attribuire a tale consesso il compito di revisionare i Trattati, alla fine la Dichiarazione comune si è limitata a prevedere il solo impegno delle tre istituzioni europee a dare un seguito efficace a tale relazione[47], lasciando loro la possibilità di interpretare liberamente tale compito.

Altri aspetti che potrebbero risultare problematici derivano dalla natura stessa degli strumenti

[46] Tra tutti, si rimanda a D. Caluwaerts, M Reuchamps, *The Legitimacy of Citizen-led Deliberative Democracy. The G1000 in Belgium*, Londra, 2018.

[47] F. Fabbrini, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, cit., 10.

di democrazia partecipativa in quanto è possibile definire propriamente deliberativi solo quei meccanismi che, come osservato in dottrina, poggiano su due elementi indefettibili vale a dire l'uso del confronto argomentato tra i partecipanti e la capacità della deliberazione di orientare la decisione finale. Ad assumere particolare rilevanza è, quindi, la previsione di un adeguato sistema di trasferimento dei risultati conseguiti attraverso il metodo deliberativo all'organo incaricato di redigere il nuovo testo. Pertanto, a costituire il vero *discrimen* di tali arene deliberative è proprio la loro incisività sulla decisione finale[48]. Spesso, però, le consultazioni pubbliche e la ricezione di proposte della società civile tendono ad essere puramente testimoniali, a lasciare una traccia delle posizioni o delle petizioni formulate, senza però avere effetti reali. Questo dipende sia da chi detiene il potere di fissare l'agenda e dalla discrezione di chi riceve e seleziona le proposte, che dall'impossibilità di prendere in considerazione tutte le opinioni formulate[49]. È fondamentale, quindi, individuare un meccanismo per comunicare, spiegare e giustificare l'eventuale, e sempre molto probabile, non accettazione di alcune delle proposte popolari. Ne consegue che uno dei principali problemi legati ai processi costituenti partecipati così come alle assemblee cittadine è il rischio che il risultato finale, che spesso riflette trattative e accordi tra attori di parte, possa essere visto dalla popolazione e da alcuni gruppi con maggiore sfiducia che se non fosse stato attuato alcun processo di consultazione formale[50]. L'altra faccia della medaglia di processi plurali e altamente partecipativi è, dunque, che questi possano diventare una «cortina di fumo»[51] e meri esercizi simbolici o strumentali.

Nel caso della Conferenza sul futuro dell'Europa la partecipazione è stata soprattutto un esercizio dialogico e argomentativo, che non pretendeva di intervenire, immediatamente o mediatamente, su puntuali ambiti normativi. Benché i presidenti di Parlamento, Commissione e Consiglio abbiano affermato l'impegno di dare seguito alle raccomandazioni e alle osservazioni provenienti dai lavori della Conferenza non vi è stata chiarezza sulle modalità attraverso le quali queste suggestioni sarebbero state tradotte in azioni concrete[52] anche in quanto non vi è stato accordo tra le tre istituzioni sul metodo da seguire a tal fine. La Conferenza, infatti, ha terminato i suoi lavori nel maggio 2022, presentando una relazione finale sui risultati raggiunti. Successivamente, la Commissione ha concluso che la maggior parte delle proposte potesse essere attuata senza modificare il diritto primario dell'UE, al contrario il Parlamento Europeo ha ritenuto che sarebbe stato necessario modificare i Trattati, mentre il Consiglio ha mantenuto un atteggiamento prudente, date le diverse sensibilità tra gli Stati membri, limitandosi a prendere atto delle proposte e affermando contestualmente l'impegno delle istituzioni a garantirne un seguito efficace, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e in conformità con i Trattati[53].

Appare insomma evidente che la Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato un esperimento partecipativo privo di un mandato giuridicamente apprezzabile[54] non esente dal rischio, tipico di tutti gli istituti democratico-partecipativi, di aumentare il senso di

---

[48] I.M. Lo Presti, *Le costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2021, 209.

[49] G.L. Negretto, *Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada*, in *Revista de ciencia política*, 1, 2015, 210.

[50] G.L. Negretto, *Procesos constituyentes y refundación democrática*, cit., 210.

[51] Si riprende la terminologia utilizzada da Y. Welp, F. Soto in *Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales*, in *Revista Española de Ciencia Política*, 50, 2019.

[52] G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., 701.

[53] N. Verola, F. Ghersini, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE*, cit., XXXVI-XXXVII

[54] G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., 703.

frustrazione ed estraniamento dei cittadini rispetto alle istituzioni[55]. Non si deve neppure sottostimare il rischio che queste iniziative possano essere strumentalizzate in modi populisti, anche attraverso *fake news*[56], e a livello europeo possano essere utilizzate perfino per promuovere una retorica anti-unionale. Questo pericolo aumenta in assenza di meccanismi efficaci per sintetizzare i risultati dell'esercizio deliberativo e direzionarli verso obiettivi concreti. Infine, bisogna considerare che le iniziative partecipative difficilmente si rivelano adatte ad affrontare una discussione su questioni più propriamente istituzionali che, contrariamente alle questioni sostanziali, data la loro estrema complessità, richiedono necessariamente un dibattito tra esperti[57].

La possibilità di manipolazione e di influenza delle *élites* politiche o di alcuni gruppi organizzati sui partecipanti è legata anche all'utilizzo di piattaforme digitali. Da questo deriva, da una parte, la necessità di garantire la sicurezza delle informazioni e la protezione dei dati degli utenti e, dall'altra, quella di considerare il profilo dei partecipanti e quindi il cd. «digital divide», che è legato, tra gli altri fattori, alle diverse possibilità dei cittadini di connettersi alla rete internet e alle caratteristiche dell'utente, come il sesso e l'età[58]. La *e-partecipation* – ossia quei canali telematici che consentono alla cittadinanza e alle organizzazioni non governative di esprimersi sulle decisioni pubbliche che le riguardano[59] – consente di superare alcune difficoltà tipiche della partecipazione fisica, come raggiungere un numero rappresentativo di persone in situazioni di insicurezza sociale o di scarsa disponibilità finanziaria. Tuttavia, questo potenziale non può essere pienamente realizzato in tutti i suoi aspetti, dato che dipende fortemente dallo stato della tecnologia e dall'alfabetizzazione informatica, e potrebbe diventare a sua volta un elemento escludente, che rischia di dare più spazio a coloro che, per ragioni economiche, politiche o sociali, hanno già una maggiore influenza all'interno della società[60]. In un'Unione europea aperta e accessibile a tutti i suoi cittadini, questo elemento non può essere relegato in secondo piano, anzi dovrebbe essere considerato nel più ampio quadro di insieme della sempre maggiore centralità ricoperta dall'informatizzazione.

Per di più, nel caso della Conferenza, un'indagine speciale Eurobarometro n. 500 *Il futuro dell'Europa* ha evidenziato come tra coloro interessati a partecipare direttamente al consesso europeo emergesse una preferenza per la partecipazione ad incontri a livello locale (44%). Viene, così, in rilievo l'importanza della democrazia di prossimità per consolidare il legame tra cittadini e istituzioni europee, che non può essere completamente sostituita dall'utilizzo

[55] V. sul punto S. Thierse, *The Conference on the Future of Europe – Finally, an Opportunity for More Top-down Bureaucracy?,* in *Verfassungsblog*, 16/03/2021

[56] *v.* in tal senso, tra gli altri, W. Partlett, *The Dangers of Popular Constitution-Making*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 38, 2012; A. Saati, *The Participation Myth, Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Umeå, 2015.

[57] F. Fabbrini, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, cit., 15.

[58] *v. ex pluribus* M. Bolognini, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma, 2001; D. Held, *Modelli di democrazia*, Bologna, 2003; D. Pittèri, *Democrazia elettronica*, Roma-Bari, 2007; A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia Elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006; Consiglio d'Europa, E-*voting handbook. Key steps in the implementation of e-enabled elections*, 2010; E. Lironi, *Potential and challenges of e-participation in the European Union*, Directorate General for Internal Policies, 2010; E. García Guitián, *Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC*, in *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016; G. Fioriglio, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, 2017; G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017; E. Palici Di Suni (a cura di), *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di Internet*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2014; T.E. Frosini, *Internet y democracia*, in *ReDCE*, 30, 2018; A. D'Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de internet*, in *ReDCE*, 30, 2018.

[59] European Union, *E-participation Best Practice Manual*, 2012.

[60] T. Abbiate, *La* e-participation *e i processi di elaborazione e revisione costituzionale*, cit., 24.

della partecipazione digitale[61]. Da tenere in conto sono, altresì, le difficoltà della piattaforma digitale di permettere un vero e proprio dibattito tra i cittadini e le organizzazioni della società civile sul piano transnazionale. Per di più, sul piano quantitativo, le proposte presentate sono state circa 19 mila e le iscrizioni al portale 50 mila. Queste ultime si sono situate ad un livello insufficiente per essere realmente rappresentative dell'opinione pubblica dell'intera Unione, soprattutto se si considera che occorrono un milione di firme provenienti da cittadini di almeno sette Stati membri affinché una proposta popolare di legge europea sia presa in considerazione dalla Commissione[62]. Anche sul piano qualitativo i risultati non possono dirsi del tutto soddisfacenti e da un'analisi dei contributi caricati sulla piattaforma, infatti, deriva uno scenario di luci e ombre. Risulta che i partecipanti avessero un'opinione fortemente polarizzata nei confronti del processo di integrazione europea, così come delle altre tematiche trattate, non riflettendo quindi il diverso spettro di sensibilità presumibilmente esistenti tra i cittadini europei[63].

In definitiva, bisogna considerare che se da un lato è innegabile che la partecipazione popolare ai processi decisionali fornisca maggiore trasparenza, efficacia e legittimità non solo al risultato, ma anche alla procedura e che ciò sia agevolato dall'utilizzo di strumenti tecnologici, dall'altro la conseguenza è che ai rischi legati alla partecipazione diretta, si aggiungono anche quelli strettamente connessi con le nuove tecnologie[64].

5. Brevi considerazioni sull'inclusione di istituti democratico-partecipativi a livello europeo. La Conferenza sul futuro dell'Europa non ha rappresentato un momento costituente, né avrebbe potuto farlo per assenza di mandato. Si è rivelata, però, uno strumento utile a conoscere la società europea, a sondarne gli orientamenti, a comprenderne i movimenti e la consistenza. Per quanto non possa non essere considerata la difficoltà di predisporre meccanismi partecipativi in grado di rappresentare una moltitudine di Stati culturalmente e linguisticamente diversificata, in una fase storica segnata dal ritorno di un nazionalismo antieuropeista, l'identificazione di una comunità politica è stato un passaggio necessario e importante[65].

Al di là delle diverse interpretazioni circa la «bontà» e l'efficacia dell'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta e deliberativa, anche nel loro formato tecnologico, questi potrebbero risultare utili al fine di costruire un'identità europea attraverso l'implementazione ulteriore della democrazia e della partecipazione all'interno dell'Unione, di fianco agli ulteriori sviluppi delle riforme istituzionali[66] e del processo di «parlamentarizzazione» che caratterizza, da anni, la costruzione europea. La pratica degli «*spitzenkandidaten*» (candidati principali)[67], che si

[61] A.M. Cecere, B. Guastaferro, *La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità*, cit., 247.

[62] P. Ponzano, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2023, LX.

[63] N. Verola, F. Ghersini, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE*, cit.

[64] Sul punto v. F. Balaguer Callejón, *La crisi della democrazia rappresentativa di fronte alla democrazia digitale*, in *La cittadinanza europea*, 2, 2022

[65] G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., 704.

[66] V. in particolare il Focus di *Federalismi.it*, *Conferenza sul futuro dell'Europa e riforme istituzionali*.

[67] Senza alcuna pretesa di esaustività v. S.B. Hobolt, *A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament election,* in *Journal of European public policy*, 21(10), 2014; M. Cartabia, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 25/07/2014; B. Guastaferro, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *forum Quaderni costituzionali*, 10/10/2014; N. Pēnalaver Garcia, J. Priestley (a cura di), *The making of a European President,* Londra, 2015; C. Curti Gialdino, *L'elezione del Presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015; J. Müller Gomez, W. Wessels, *The Spitzenkandidaten procedure: reflection on the future of an electoral*

ripropone in vista di ogni elezione europea a partire dalla prima successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quella del 2014, con esisti non sempre positivi, rappresenta infatti un elemento indubbiamente centrale nella costruzione di un assetto istituzionale europeo maggiormente rispondente ai canoni degli attuali parlamentarismi. Difatti, assegnando la Presidenza della Commissione al candidato principale del partito politico europeo che ha ottenuto il maggior numero di seggi al Parlamento, si rafforza la posizione di quest'ultimo e si genera una tensione verso un riequilibro dell'architettura istituzionale dell'UE[68]. Si tratta di fenomeni non di second'ordine nel processo di integrazione europea che rendono la «parlamentarizzazione» una via di non ritorno, anche se forse non del tutto sufficiente a esaurire la complessità di una democrazia che deve confrontarsi con la realtà istituzionale del peso ancora ineludibile della statualità e con quella di molteplici *demoi* che coesistono al suo interno[69].

La complessità strutturale degli equilibri istituzionali dell'Unione hanno segnato anche i lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa e sostanzialmente ne hanno imbrigliato il seguito. L'ambiguità e la complessità delle regole di funzionamento della Conferenza, il forse troppo ampio spettro di questioni e materie su cui ha lavorato, le modalità stesse di selezione della rappresentanza dei cittadini, una certa autoreferenzialità della delegazione del parlamento europeo, la estrema prudenza della rappresentanza della Commissione e le divisioni tra i governi sono stati elementi che hanno contribuito a far perdere, almeno in parte, una occasione[70]. Nonostante ciò, il ricorso alla partecipazione diretta e deliberativa dei cittadini in una dimensione del tutto peculiare, quale quella europea, assume profili, criticità, ma anche prospettive e terreni di sperimentazione inediti e dimostra come l'Unione europea sia ancora una volta un autentico laboratorio costituzionale[71]. Una democrazia sovranazionale europea ha bisogno di uno spazio pubblico europeo dove i cittadini possano discutere e confrontarsi, scambiare argomenti e formarsi un'opinione[72]. La Conferenza sul futuro dell'Europa, allora, ha tentato una rotta che potrebbe offrire alcune suggestioni su un percorso – dinamico e, nel contesto dell'Unione, procedimentalizzato – volto a strutturare maggiormente una comunità politica, che se implementato potrebbe anche raggiungere la fase della costruzione di un *idem sentire*[73], seppur nella sua particolarità. L'identità europea, infatti, non può che essere identificata come non unitaria ma plurale, come il risultato di una continua dialettica senza soluzione di continuità tra fattori diversi entrati in relazione tra loro, sia dal punto di vista cronologico che dal punto di vista culturale. Questa identità composita ha già dato forma a una storia fatta di momenti di unità e comunanza di valori, che oggi rappresenta il principale strumento per distinguere ciò che è Europa da ciò che non lo è[74]. L'Unione è un *unicum*,

experiment, in *IAI*, 03/2016; S. Fabbrini, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration*, 5, 2015, 571 ss.; S. Bonfiglio, *Spitzenkandidaten e riforma dei trattati*, in *La Cittadinanza europea*, 1, 2020; N. Lupo, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanza*, *Consulta online*, 2020; A. Lauro, *Illusioni europeiste e prospettive sovraniste: c'è dell'altro oltre gli Spitzenkandidaten*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2020.

[68] S. Illari, *Osservazioni sulla pratica degli spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2018, 9ss.

[69] P. Ridola, *La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa*, in *ReDce*, 3, 2005, 23.

[70] L. Gianniti, *Prime riflessioni attorno alla Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1, 2023, XXIX-XXX.

[71] C. Di Maio, G. Laneve *La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto*, cit., CXXVIII.

[72] P. Ponzano, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre*, cit., LX.

[73] G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., 704.

[74] F. Savastano, *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Torino, 2023, 22.

«senza modelli nella storia»[75], e rappresenta, almeno a livello europeo, il banco di prova della democrazia contemporanea non solo come forma di Stato, ma anche come forma di convivenza tra popoli diversi con culture e tradizioni distinte che abbiano però un'identità comune, senza che questa annulli la pluralità che ne è caratteristica originaria e fondante.

Abstract. Scopo di questo contributo è analizzare punti di continuità e differenze tra la Conferenza sul Futuro dell'Europa e altri recenti meccanismi democratico-partecipativi al fine di riflettere sul ruolo che un maggiore coinvolgimento della cittadinanza europea potrebbe ricoprire nella rivitalizzazione della democrazia e dell'identità a livello unionale. Si analizzeranno, pertanto, gli elementi che accomunano la Conferenza ed esperienze quali quelle costituenti, di riforma costituzionale e le assemblee o convenzioni cittadine che sono state istituite in vari paesi europei per dibattere e proporre soluzioni per mitigare gli effetti della crisi ambientale e ci si soffermerà, soprattutto, sulle problematiche legate ai meccanismi partecipativi in generale e alla Conferenza in particolare.

Abstract. The aim of this paper is to analyse continuities and differences between the Conference on the Future of Europe and other recent participatory democratic mechanisms in order to reflect on the role that a greater involvement of European citizenship could play in the revitalisation of democracy and identity at the Union level. We will therefore analyse the elements that the conference has in common with experiences such as the constituent assemblies, constitutional reform and the citizens' assemblies or conventions that have been set up in various European countries to debate and propose solutions to mitigate the effects of the environmental crisis, and we will focus, above all, on the problems linked to participatory mechanisms in general and to the conference in particular.

Parole chiave. Conferenza sul futuro dell'Europa – meccanismi democratico-partecipativi – processi costituenti partecipati – assemblee cittadine – democrazia deliberativa.

Key words. Conference on the Future of Europe - participatory democratic mechanisms - participatory constituent processes - citizens' assemblies - deliberative democracy.

[75] Consiglio europeo di Helsinky, *Conclusioni della Presidenza*, allegato I, 10-11/12/1999.

OMOGENEITÀ «FEDERALE» E CONFLITTI TRA IDENTITÀ NELLO SCENARIO COSTITUZIONALE EUROPEO. IL CASO DEL REGOLAMENTO SULLA CONDIZIONALITÀ*

di Giovanni Comazzetto**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La nozione di omogeneità e i meccanismi di tutela dello Stato di diritto. – 2.1. L'omogeneità al crocevia tra teoria dello Stato e dottrine federalistiche. – 2.2. L'omogeneità nel diritto dell'Unione europea. – 2.3. Omogeneità e conflitti tra identità costituzionali nello scenario europeo. – 3. Le condizionalità macroeconomiche a tutela del *rule of law*: prospettive e limiti. – 4. Postilla. L'Unione europea come società democratica: forza e debolezza di un concetto.

1. Premessa. Il tema dell'omogeneità costituzionale nell'Unione europea si è imposto con una certa evidenza nel momento in cui la fisionomia della comunità sovranazionale ha assunto i tratti sempre più marcati di un processo di unificazione politica. Sebbene l'esigenza di un *idem sentire* tra i popoli dell'Unione fosse già stata evidenziata negli anni Sessanta in sede di discussione sull'ammissione di nuovi Stati, si è iniziato a discuterne intensamente solo a partire dagli anni Novanta, a fronte di momenti cruciali di svolta quali l'allargamento dell'Unione a est – al punto che la compatibilità tra i valori ispiratori dei nuovi aderenti e i valori posti alla base del progetto di unificazione non poteva più essere data in alcun modo per scontata –, il passaggio all'unione monetaria, e infine il tentativo, fallito, di approvare un testo (*rectius*: di un «trattato») costituzionale per l'Unione.
L'esigenza di un grado minimo di compatibilità valoriale tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti degli Stati membri, così come tra gli stessi ordinamenti degli Stati membri, ha fatto sì che si giungesse alla codificazione nei Trattati di quella che è stata definita una clausola di omogeneità «complessa e dissimulata»[1], oggi enunciata all'articolo 2 TUE – letto alla luce della previsione del meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7 TUE e dei criteri di ammissione di nuovi Stati stabiliti all'articolo 49 TUE. La complessità della clausola può spiegarsi con la natura «composita» dell'Unione, nonché con la costante oscillazione della normazione fondamentale eurounitaria tra la mimesi federale e la sperimentazione di soluzioni normative irriducibili alle esperienze ordinamentali finora «ingabbiate» nella trappola concettuale della statualità[2]. In questo senso, si possono leggere sia il carattere

* *Sottoposto a referaggio*.
** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Padova.
[1] F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, 132.
[2] Si consenta di rinviare, sul punto, a quanto osservato in G. Comazzetto, *La solidarietà europea dalle origini al Next Generation EU*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2023, 17: «La confederazione di Stati rimane un rapporto di diritto internazionale; lo Stato federale non è che una variante dello Stato unitario, dove il problema della sovranità è già stato risolto una volta per tutte con la sua attribuzione al livello di governo più alto. Ma se non si supera il 'dilemma di Calhoun' (per il quale 'o sovrani resterebbero i singoli Stati o sovrano diventerebbe il nuovo Stato europeo'), la riflessione sull'Unione europea non può emanciparsi da tale blocco concettuale». Sul

apparentemente assertivo, piuttosto che apertamente prescrittivo, del succitato articolo 2 TUE (ove si dice che l'Unione «*si fonda* sui valori della dignità umana […]» etc., o che «Questi valori *sono* comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo […]»), sia gli innumerevoli riferimenti, in altri luoghi dei Trattati, al rispetto, da parte dell'Unione, della struttura ordinamentale degli Stati membri (tra tutti, l'articolo 4, paragrafo 2 TUE), sia, infine, la presenza non eludibile – al di fuori dei Trattati – delle «clausole di integrazione» nelle costituzioni degli Stati membri, che concorrono complessivamente a far intendere l'omogeneità costituzionale nell'Unione come omogeneità *bidirezionale* e non certo unidirezionale, quale invece emerge nelle costituzioni degli Stati federali «classicamente» intesi[3].

Sotto questo profilo, al netto delle difficoltà di inquadrare la suddetta clausola di omogeneità sul piano teorico, anche alla luce delle persistenti incertezze sulla natura dell'ordinamento dell'Unione, è stata pressoché unanimente constatata «l'inefficacia del binomio art. 2-art. 7 TUE (e, quindi, del meccanismo di tutela dello Stato di diritto previsto dai Trattati)»[4]. Occorre tuttavia chiedersi se l'anacronismo cui sembra destinato il binomio in questione non possa ora leggersi nel prisma della parallela affermazione dei meccanismi di condizionalità, i quali, pur incentrandosi sulla leva economico-finanziaria, sono stati recentemente valorizzati proprio in funzione di difesa (anche) del *rule of law* europeo.

Tali sviluppi danno quindi l'abbrivio alla presente riflessione, che sarà così tripartita: ci si interrogherà innanzitutto sul concetto di «omogeneità costituzionale» e sulla sua rilevanza nello spazio costituzionale europeo; si porrà poi in relazione tale disamina con due recenti decisioni della Corte di giustizia in merito alla compatibilità tra i meccanismi di condizionalità a tutela del *rule of law* e le previsioni dei Trattati; infine, si articoleranno alcune brevi notazioni sul concetto di «società democratica europea», posto al centro del dibattito giuspubblicistico grazie a un'importante opera di Armin von Bogdandy[5], di grande rilevanza anche ai fini della definizione del ruolo del concetto di «omogeneità costituzionale» nel diritto pubblico europeo.

2. La nozione di omogeneità e i meccanismi di tutela dello Stato di diritto. Ricorrere alla nozione di omogeneità comporta non poche difficoltà nel contesto degli studi di diritto pubblico europeo, vieppiù alla luce della complessa genealogia del concetto.

Una prima difficoltà è legata proprio alla definizione di *omogeneità*. È ovviamente possibile declinare questo concetto in diversi modi, ritenendo ad esempio che esso corrisponda non a un codice valoriale uniforme e presupposto (come l'etimologia del termine porterebbe a ritenere), bensì a una sorta di minimo comune denominatore «che dovrebbe assicurare il perdurare di condizioni di compatibilità fra gli spazi costituzionali» dei diversi livelli di governo[6]. L'insistenza con cui i Trattati europei affrontano il tema delle *diversità* tra gli Stati membri quale valore da tutelare e difendere, induce a ritenere che, se del concetto di omogeneità può effettivamente farsi uso nel diritto pubblico europeo, deve trattarsi di una

tema, v. G. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, 1882 ss.

[3] Osserva G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 273, che la clausola di omogeneità non si presenta «nell'ordinamento dell'UE negli stessi termini in cui ciò avviene in un ordinamento federale classicamente inteso […]. Il punto su cui diverse opinioni concordano […] è la natura non unidirezionale dell'"imposizione di valori" veicolata dalla clausola di omogeneità dell'art. 2 TUE».

[4] A. Sandulli, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, 990.

[5] A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, 2022.

[6] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., 21.

omogeneità intesa come idoneità delle parti di un tutto ad accordarsi ed agire insieme «mantenendo le proprie differenze entro un orizzonte valoriale comune»; e non certo di una omogeneità intesa come il riferimento ad un tutto ove le singole parti finiscano per diventare «indistinguibili».
Una seconda difficoltà attiene al ruolo che generalmente rivestono le clausole di omogeneità nei sistemi di carattere federale, al di là di astrazioni classificatorie come la distinzione tra omogeneità «verticale» ed «orizzontale».

2.1. L'omogeneità al crocevia tra teoria dello Stato e dottrine federalistiche. Gli studi consolidati sull'omogeneità federale inducono ad interrogarsi sulla rilevanza di clausole siffatte nella concreta evoluzione degli ordinamenti composti. È stato efficacemente detto che la concezione della clausola di omogeneità come *extrema ratio*, attivabile solo in presenza di gravi crisi costituzionali, finisce per stringerla «tra la formalizzazione di una sorta di consenso costituzionale minimo e il presentarsi di crisi esistenziali»[7]. Il problema, per dirlo in altro modo, è quello della *chiusura* di un ordinamento, del tentativo di fissare (e custodire) i suoi fondamenti assiologici. Guardando al quadro storico-comparatistico, viene in rilievo il caso *Luther vs. Borden*, trattato dalla Corte suprema statunitense nell'anno 1849: era in discussione, in particolare, l'articolo IV, sezione 4 della Costituzione americana e la cosiddetta *republican clause*, che la Corte ha giudicato *political question*, dunque non giustiziabile. Stando appunto all'esperienza degli Stati federali, sembra di potersi desumere che il ruolo delle clausole di omogeneità sia stato (generalmente) non tanto (o meglio, non solo) quello di tutelare esigenze unitarie, bensì soprattutto quello di avvalorare la «sovranità federale»[8]. Ci si deve allora chiedere se effettivamente l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea possa essere letto in questa chiave, di spinta all'uniformizzazione proveniente dall'alto, o se in gioco – nell'interpretazione di questa norma – non sia piuttosto la definizione della stessa natura del processo federativo europeo.
In ogni caso, di omogeneità non si discorre solo con riguardo alle esperienze federali: essa è tematizzata anche negli studi sullo Stato. Ricordando un importante lavoro di Antonio La Pergola[9], si può osservare come si corra sempre il rischio di risolvere i dilemmi posti dalle esperienze di carattere federativo nelle strutture concettuali disegnate sulla forma-Stato. Soccorre, sotto questo profilo, l'esempio del vicolo cieco in cui incorre concettualmente l'indagine schmittiana. Nella *Verfassungslehre* l'omogeneità non è altro che la sostanza dell'eguaglianza democratica, e dunque corrisponde all'elemento (o all'insieme degli elementi) grazie al quale all'interno di una comunità politica questa eguaglianza democratica è pensabile. L'omogeneità consiste allora nelle comuni convinzioni religiose, nel principio nazionale, o nell'appartenenza a una medesima classe[10]. Il fatto che poi il concetto di omogeneità sia centrale anche nelle pagine schmittiane sulla teoria della federazione fa comprendere come il problema si trovi in un certo senso «a monte», nel modo in cui Schmitt intende l'unità politica: per l'autore del *Begriff des Politischen* la coesistenza di unità politiche distinte, riunite entro la cornice di un'unità complessiva, appare come una contraddizione[11];

[7] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., 313.
[8] G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022, 306 ss.
[9] A. La Pergola, *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, 11-12.
[10] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 299 ss.
[11] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 487. Sottolinea A. Scalone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, in G. Duso e A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza, 2010, 250, che «la concezione monista dell'unità politica e la concezione assoluta della sovranità, così come si presentano in Schmitt, non permettono di pensare in modo del tutto adeguato le questioni della pluralità e del federalismo, rispetto alle quali non a caso Schmitt parla di antinomie. Esse possono venir governate sul piano

Issn 2421-0528

e la federazione non è altro che una fase temporanea nel processo di formazione di una unità statale (o della sua dissoluzione)[12].
Per Hermann Heller il concetto di omogeneità è ugualmente centrale, ma nel senso che deve sussistere un grado determinato di omogeneità sociale, senza il quale non è assolutamente possibile la formazione democratica di una unità politica. Ciò non significa che questa omogeneità sia associata all'eliminazione della struttura necessariamente antagonistica della società. Piuttosto, l'omogeneità designa quel «senso del noi» (*Wir-Bewusstsein*) – che è condizione socio-psicologica[13] – grazie al quale una comunità può elaborare e contenere al suo interno anche enormi tensioni e contraddizioni.
Sia la tradizione federalistica sia la concettualità statal-nazionale sembrano insomma porre una pesante ipoteca sul concetto di omogeneità, rendendone ambiguo l'utilizzo per l'ordinamento europeo, nonché incerte le conseguenze nei termini del rapporto tra l'Unione e gli Stati membri. Ci si può quindi avvalere di tale concetto solo con l'accortezza di specificare che la qualità giuridica dell'Unione europea non è assimilabile a quella del livello di governo superiore quale si pone negli ordinamenti federali classicamente intesi: il rapporto di omogeneità verticale istituito dagli articoli 2 e 7 del Trattato sull'Unione europea va piuttosto inteso come l'effetto di una «interazione istituzionale, personale, funzionale e procedurale molto estesa tra i due livelli costituzionali (interno ed europeo) che, insieme, formano una «comunità costituzionale in continuo divenire» […]. In un siffatto quadro costituzionale, rappresentato da un insieme di costituzioni parziali scritte e non scritte, che prende atto dell'affermarsi di un concetto 'post-nazionale' di costituzione, il contenuto essenziale del principio di omogeneità e gli strumenti apprestati per la sua garanzia possono dare la misura, il grado, ormai raggiunto dal processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea»[14].

2.2. L'omogeneità nel diritto dell'Unione europea. Quanto alle disposizioni di diritto primario, difficilmente poteva ritenersi enunciato un principio assimilabile a quello di omogeneità nel Trattato CEE, che all'articolo 237 richiedeva come unico requisito per essere ammessi nella Comunità quello di essere uno Stato europeo[15]; il problema della «compatibilità costituzionale» tra gli ordinamenti degli Stati membri e gli Stati desiderosi di aderire alla Comunità si impose comunque nella prassi dei negoziati fin dagli anni Sessanta, ad esempio con riferimento ai casi di Grecia e Spagna, al punto che la dottrina dell'epoca «iniziava a ritenere che il regime politico dello Stato candidato all'adesione non potesse non essere una

politico, possono essere decise, ma non possono trovare una risoluzione sul piano teorico. Costituiscono piuttosto un elemento perturbante che contraddittoriamente, ma significativamente, riemerge in alcuni punti cruciali della logica giuridico-politica della modernità».
[12] G. Comazzetto, *Pensare l'Europa federale: contributo alla discussione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2020, 11 ss.
[13] H. Heller, *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, in *Quaderni piacentini*, 10, 1983, 145.
[14] Così R. Miccù, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. Atripaldi e R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea dopo il "caso Austria" e la Carta dei diritti fondamentali*, Padova, 2003, 104-105, il quale prosegue osservando che «[Il principio di omogeneità e gli strumenti apprestati per la sua garanzia] rappresentano, contemporaneamente, anche un veicolo di reciproca stabilizzazione costituzionale tra Unione e Stati membri, attraverso una influenza reciproca in cui gli Stati vedono mutare la loro propria dimensione costituzionale, mentre l'Unione definisce i propri contorni attraverso un movimento progressivo di codificazione». Sulla «scienza della cultura» che mette in luce la natura costituzionale dell'ordinamento sovranazionale, e al contempo il fenomeno della «relativizzazione delle Costituzioni dello Stato nazionale in Costituzioni parziali» v. soprattutto P. Häberle, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 460 ss., e, più diffusamente, Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, sp. 113 ss.
[15] L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2006, 1.

significativa condizione di ricevibilità della domanda di ammissione»[16]. Si ebbe quindi un'evoluzione nel senso di colmare la lacuna del Trattato di Roma, assegnando ai valori della democrazia pluralista e del rispetto dei diritti dell'uomo «il ruolo, al contempo, di limite da rispettare per chi, dall'esterno, chiedeva di entrare nella Comunità, e di elemento costitutivo dell'identità europea, secondo la prospettiva, interna, di coloro che già avevano sottoscritto i Trattati»[17]. I c.d. criteri di Copenhagen non fecero quindi che stabilizzare e codificare questo processo di consolidamento dei valori comuni, giungendo a stabilire che «L'appartenenza all'Unione richiede che il paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze, l'esistenza di una economia di mercato funzionante»[18]. Nel passaggio da Maastricht ad Amsterdam, fino all'odierna formulazione consolidata a Lisbona, il principio di omogeneità ha visto quindi affiancarsi alla previsione dei «valori comuni» all'Unione europea e agli Stati membri l'espresso riferimento al rispetto di questi ultimi quale condizione per l'adesione di nuovi Stati all'Unione (art. 49 TFUE), nonché l'istituzione di un meccanismo sanzionatorio (art. 7 TUE) che prevede tuttavia, affinchè possa giungersi alla constatazione di una violazione grave e persistente dei valori summenzionati da parte di uno Stato membro, la decisione unanime del Consiglio europeo. Le difficoltà applicative della disposizione in oggetto, sebbene in una sua precedente formulazione, erano state rilevate già a seguito del noto «caso Haider»[19] (1999-2000), e sono riemerse al momento dell'adozione di misure nei confronti di Polonia e Ungheria rispettivamente il 20 dicembre 2017 – quando la Commissione ha attivato la procedura *ex* art. 7 TUE in relazione a provvedimenti lesivi dell'indipendenza del potere giudiziario – e il 12 settembre 2018 – quando il Parlamento europeo si è attivato nello stesso senso rispetto ai provvedimenti relativi al funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale ungheresi, all'indipendenza della magistratura e alla tutela di altri diritti e libertà fondamentali. Nessuna di queste iniziative, tuttavia, ha avuto un seguito: l'eccessiva macchinosità della procedura ha spinto a dire, non senza ragione, che «il meccanismo in parola non sembra reggere il confronto con la realtà»[20].

2.3. Omogeneità e conflitti tra identità costituzionali nello scenario europeo. Sul piano della giurisprudenza, per contro, il tema dell'omogeneità è emerso in tralice, nell'ambito del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico eurounitario.

Gli argomenti sull'identità costituzionale, oggetto di una vivace dialettica giurisprudenziale tra la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali, hanno spesso adombrato il tema dell'omogeneità, cui indubbiamente sono connessi. L'*identity turn* ha costituito un momento centrale nello stesso processo di costituzionalizzazione dell'Unione, in quanto ha favorito l'inserimento nel diritto eurounitario di clausole che fanno riferimento ai materiali costituzionali nazionali (precipuamente in tema di tutela dei diritti fondamentali) e dato successivamente origine a peculiari conflitti costituzionali che si possono definire «conflitti di convergenza» – ovvero «nuove forme di concorrenza interpretativa fra la Corte di giustizia dell'UE (CGUE) e le Corti costituzionali nazionali sul significato da attribuire a una serie di

[16] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., 239.
[17] L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione*, cit., 5.
[18] Consiglio europeo, *Estratto delle conclusioni della presidenza: Consiglio Europeo di Copenaghen, 21 e 22 Giugno 1993*, reperibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/cop_it.htm*.
[19] Si veda la ricostruzione di R. Pepe, *Il "caso Austria": cronaca politico-costituzionale*, in V. Atripaldi, R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale*, cit., 137-155.
[20] A. Rosanò, *The Battle of Evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto*, in *SIDIBlog*, 19 ottobre 2018.

norme condivise»[21]. La dottrina *Solange*, così come la dottrina dei controlimiti, per quanto spesso intese come portatrici di ragioni ostative ad una maggiore integrazione, andrebbero più opportunamente lette (anche) in questa chiave di influenza «positiva» da parte dei materiali costituzionali nazionali sul materiale costituzionale europeo, vieppiù alla luce della progressiva interiorizzazione da parte della Corte di giustizia del rispetto dei diritti fondamentali e della loro successiva codificazione nella Carta di Nizza-Strasburgo[22]. Quel che è certo, è che questa dialettica si è dimostrata spesso ambivalente, in quanto non sono ovviamente mancati i tentativi di valorizzazione dei profili «identitari» degli ordinamenti costituzionali nazionali in funzione meramente difensiva, anziché «proattiva» e pluralisticamente orientata. In quest'ultimo senso, può generalmente leggersi la giurisprudenza costituzionale italiana sul principio di legalità in materia penale, oggetto della nota «saga Taricco»[23], e sul diritto di difesa, nonché l'ugualmente recente evoluzione sul punto della doppia pregiudizialità[24]; più ambigua, per contro, è stata la nota giurisprudenza «europea» del *Bundesverfassungsgericht*, talvolta connotata da un atteggiamento «quasi di sfida»[25], e tale forse da ispirare una recente e preoccupante svolta «identitaria» delle corti costituzionali dell'est[26].

3. Le condizionalità macroeconomiche a tutela del rule of law: prospettive e limiti. È generalmente inevitabile che, trovandosi ostruita la strada maestra, si cerchino altre vie da

[21] G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2018, 783.

[22] Osserva ad esempio P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2016, 436, che la giurisprudenza della Corte di giustizia «già significativamente sviluppata nel senso di includere la tutela dei diritti fondamentali tra i suoi obiettivi – uscì rafforzata dalla 'minaccia' di *Solange I*. La sentenza del Tribunale costituzionale federale fu dunque un *input* straordinario per sviluppare una nuova fase dell'Europa del diritto, che in alcune sentenze fondamentali segnava un cambio di passo qualitativo sulla strada del processo di costituzionalizzazione giurisdizionale delle Comunità».

[23] V., *ex multis*, P. Mengozzi, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga "Taricco"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2020, 9-21; G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola Taricco" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi.it*, 4, 2019, 1-20; A. Ruggeri, *Dopo "Taricco": identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *La legislazione penale*, 4.2.2019, 1-17; F. Torre, *Taricco iactum est ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 1-26; B. Guastaferro, *"Derubricare" i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso "Taricco"*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 441-461.

[24] V., tra i tanti, A. Marcheselli, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in *Consulta OnLine*, 2, 2021, 530-542; B. Sboro, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti Comparati*, 5 luglio 2021, 1-5; D. Coduti, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, 2, 2021, 121-137; P. Gambatesa, *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *federalismi.it*, 23, 2021, 64-90; S. Catalano, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di "buon dialogo" fra Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, 296-310.

[25] Osservano A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 19, che «mentre l'approccio del *Bundesverfassungsgericht* sembra improntato a un confronto aperto e diretto, quasi di sfida, con la controparte europea, l'atteggiamento della Corte costituzionale ricorda piuttosto quello di un giocatore di carte che apre la partita e attende la reazione dell'avversario tenendo coperte le sue carte migliori. E un simile atteggiamento forse meglio si addice a una corte che, nell'arena europea, non dispone della stessa forza contrattuale del *Bundesverfassungsgericht*».

[26] Oltre alla nota giurisprudenza delle corti polacca e ungherese, si segnala l'«acceso dialogo» tra la Corte di giustizia e le corti romene sul principio del primato e sullo Stato di diritto: v. ad esempio Corte giust., sent. 22 febbraio 2022, Causa C-430/21, *RS*, e il commento di D. Gallo, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, 374-378.

percorrere per giungere alla destinazione – per quanto si tratti di strade talvolta impervie e malagevoli. Di ciò sembra essere conferma quanto accaduto nella vicenda che ha portato alle decisioni della Corte di giustizia nelle cause *Ungheria* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*[27]; in esse la Corte ha giudicato della legittimità del Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, contestato in particolare da Ungheria e Polonia.
Iniziative a protezione dei valori dello Stato di diritto nei confronti di questi due Stati, che da tempo vivono una deriva illiberale, erano state avviate già negli anni precedenti: oltre agli infruottosi tentativi di applicazione del meccanismo di cui all'articolo 7 TUE, cui s'è testè accennato, si veda ad esempio la Comunicazione della Commissione sul nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto[28], del 2014, nella quale si afferma che lo Stato di diritto è la «spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna», nonché «uno dei valori principali su cui si fonda l'Unione»; e si mette significativamente in evidenza che «La fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'UE e i rispettivi sistemi giuridici è il fondamento dell'Unione e in questo ambito riveste un ruolo essenziale il modo in cui lo Stato di diritto è attuato a livello nazionale. La fiducia di tutti i cittadini dell'Unione e delle autorità nazionali nel funzionamento dello Stato di diritto è particolarmente cruciale per l'ulteriore sviluppo dell'UE come «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne». Questa fiducia verrà costruita e confermata soltanto se lo Stato di diritto verrà rispettato in tutti gli Stati membri». Di rilievo, altresì, l'istituzione del dialogo annuale sullo Stato di diritto da parte del Consiglio e degli Stati membri[29], così come diverse decisioni della Corte di giustizia che, sollecitata dalla Commissione e dai giudici nazionali, ha statuito sulle violazioni dei princìpi dello Stato di diritto nei Paesi summenzionati[30]. L'inefficacia di tali misure, e in particolare del meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7, ha condotto quindi all'adozione di una proposta di atto legislativo dal titolo *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*[31]. La proposta guardava all'articolo 322, par. 1, lett. *a)*, quale base giuridica del regolamento: ai sensi della disposizione citata, «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti […]». La proposta di regolamento si poneva l'obiettivo, in particolare, di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione dal rischio di perdite finanziarie causate da carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto in uno Stato membro; per ovviare alla carenza di

[27] Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.
[28] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, 11 marzo 2014.
[29] Council of the European Union, *Conclusions of the Council of the European Union and the member states meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law*, 16862/14, 16 dicembre 2014.
[30] Tra le tante, vedi Corte giust., sent. 5 giugno 2023, Causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; Corte giust., sent. 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. contro Krajowa Rada Sądownictwa e a.*; Corte giust., sent. 17 dicembre 2020, Causa C-808/18, *Commissione europea contro Ungheria*; Corte giust., sent. 14 maggio 2020, Cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e. a. contro Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*; Corte giust., sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*. Per un commento sui rapporti tra Corti europee e polacche, v. E. De Falco, *Chi semina vento raccoglie tempesta? L'epilogo – non troppo scontato – della causa C-204/21, Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna on-line*, 2, 2023, 1-23.
[31] Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, COM/2018/324 final, 2 maggio 2018.

strumenti di intervento in capo all'Unione in tale settore, occorreva attribuirle la facoltà di intraprendere le misure opportune; si sarebbe dovuto trattare, in ogni caso, di «misure proporzionate alle carenze generalizzate per quanto riguarda lo Stato di diritto, tra cui la sospensione e la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti o il divieto di concludere nuovi impegni con categorie specifiche di destinatari». Sebbene l'approvazione del regolamento in questione sembrasse ad un certo punto improbabile, vista l'opposizione di alcuni Stati membri e le perplessità sollevate in un parere del Servizio giuridico del Consiglio[32], l'arrivo della pandemia da Covid-19 ha ravvivato il dibattito sulle condizionalità, dando vita a un contesto nel quale *Next Generation EU*, Quadro Finanziario Pluriennale e regime di condizionalità sono sembrati formare un «pacchetto» di misure non scindibili[33].

L'impugnazione del Regolamento da parte di Polonia e Ungheria – scontata, e in qualche modo prevista dall'accordo che aveva portato all'approvazione dell'atto – ha quindi portato alle citate decisioni della Corte di giustizia. L'argomentazione dei giudici di Lussemburgo si è soffermata in particolare sulle obiezioni concernenti l'incompetenza dell'Unione ad adottare il summenzionato meccanismo di condizionalità c.d. orizzontale, e il rapporto tra quest'ultimo e il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 7 TUE.

Con riferimento al primo profilo, la Corte ha valutato l'appropriatezza della base giuridica del Regolamento, costituita dall'art. 322 TFUE. A tale riguardo, la critica sollevata dalle ricorrenti si appuntava sul fatto che finalità precipua dell'atto impugnato non fosse la protezione del bilancio dell'Unione, bensì la sanzione delle violazioni dello Stato di diritto *sic et simpliciter*. Sul punto, la Corte ha valorizzato la previsione di cui all'art. 4 del Regolamento, ai sensi della quale «Sono adottate opportune misure qualora siano accertate, ai sensi dell'articolo 6, violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere 'in modo sufficientemente diretto' la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione», nonché le tipologie di misure adottabili e la disciplina del procedimento (articoli 5 e 7 del Regolamento), al fine di accertare la strumentalità del meccanismo condizionale alla

---

[32] V. Consiglio dell'Unione europea, *Parere del Servizio giuridico: Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri – Compatibilità con i trattati dell'UE*, 13593/18, 25 ottobre 2018, ove, riferendosi al meccanismo di cui all'art. 7 TUE e all'istituendo meccanismo di condizionalità finanziaria connesso a violazioni dello Stato di diritto, si osservava che «La questione se le due procedure perseguano scopi diversi merita un'attenzione particolare. Occorre chiarire se la condizionalità prevista nella proposta consista in un meccanismo effettivamente volto a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e il principio della sana gestione finanziaria o se debba essere considerato un meccanismo inteso a garantire il rispetto di un valore fondamentale dell'Unione, ossia lo Stato di diritto, per il quale l'articolo 7 TUE stabilisce un meccanismo *ad hoc* di controllo e sanzione. Il Servizio giuridico ha già avuto occasione di precisare che, se costituiscono una componente logica del corretto funzionamento di un particolare regime di finanziamento e sono necessarie per conseguire o preservare gli obiettivi di tale regime, le norme in materia di conformità rappresentano condizioni effettive, compatibili con i trattati. Se, al contrario, le disposizioni non individuano un nesso sufficiente tra la mancata conformità e la perdita del diritto al finanziamento o se non vi è un nesso logico tra i due elementi, la perdita del finanziamento non costituirebbe una condizione effettiva della spesa ma rappresenterebbe piuttosto una forma di sanzione […]» (parr. 19-20). Il testo della proposta suggeriva tuttavia proprio la seconda opzione, ponendosi così in una condizione di probabile incompatibilità con i Trattati: «In effetti, il riferimento alle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto come premessa per attivare il meccanismo non è né necessario né sufficiente per stabilire un nesso con la sana esecuzione del bilancio. Non è necessario, perché è possibile individuare carenze sistemiche correlate al funzionamento delle autorità degli Stati membri che possono avere ripercussioni sull'esecuzione del bilancio e che tuttavia non riguardano lo Stato di diritto. E non è neppure sufficiente, perché non tutte le carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto potrebbero avere ripercussioni sull'impiego efficace dei finanziamenti dell'UE da parte degli Stati membri» (ivi, par. 28).

[33] G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente? Le sentenze della Corte di giustizia in merito al Regolamento sulla condizionalità*, in *JUS*, 1-2, 2022, 12-13.

tutela della sana gestione finanziaria del bilancio unionale. La stretta connessione tra i principi elencati all'art. 2 del Regolamento (ove si offre una definizione dello Stato di diritto ricomprendendovi i principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva, separazione dei poteri, non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge) e i comportamenti descritti all'art. 3 (ritenuti esemplificativi di violazioni dello Stato di diritto: ad esempio, le minacce all'indipendenza della magistratura, o l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche) non è sufficiente, constata la Corte, all'applicazione della condizionalità: occorre che vi sia altresì un impatto di queste violazioni sul bilancio dell'Unione o comunque sui suoi interessi finanziari. Da ciò, la Corte deduce che «la finalità del regolamento impugnato consiste nel proteggere il bilancio dell'Unione da pregiudizi derivanti per quest'ultimo in modo sufficientemente diretto da violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già nel sanzionare, di per sé, simili violazioni»[34]. Le ricorrenti contestano tuttavia il fatto che l'applicazione del regolamento non sia collegata al settore nella quale la violazione viene commessa, bensì proponga una «condizionalità orizzontale», che prescinde dallo specifico programma o dall'azione dell'Unione direttamente interessati, estendendosi a tutto l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Il giudice replica mediante un passaggio di grande interesse, per quanto non privo di criticità. Si osserva infatti che lo Stato di diritto rappresenta uno dei valori su cui l'Unione si fonda, *ex* articolo 2 TUE, e che l'adesione a tali valori, conformemente all'art. 49 TUE, è una condizione preliminare ai fini dell'adesione all'Unione[35]. Il rispetto di tali valori non potrebbe tuttavia ridursi a un obbligo cui gli Stati si conformano in vista dell'adesione all'Unione, per poi sottrarsi ad esso successivamente[36]. Il sostrato valoriale comune, enunciato all'art. 2 TUE, rappresenta la base stessa della costruzione giuridica europea; tale premessa «fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale. Essa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua […]. Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro […]. I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori. Ne consegue che, conformemente al principio di attribuzione delle competenze sancito all'articolo 5, paragrafo 2 TUE, nonché al principio di coerenza delle politiche dell'Unione previsto all'articolo 7 TFUE, il valore comune all'Unione e agli Stati membri costituito dallo Stato di diritto, il quale fa parte dei fondamenti stessi dell'Unione e del suo ordinamento giuridico, è idoneo a fondare un meccanismo di condizionalità rientrante nella nozione di 'regole finanziarie' ai sensi dell'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE»[37].

Dal ragionamento della Corte sembra potersi desumere che un meccanismo di condizionalità come quello sin qui analizzato, ossia non strettamente connesso all'azione specifica o al programma dell'Unione cui si applica, sia legittimo se orientato alla garanzia o al rafforzamento di standard normativi dotati di una solida base nel diritto dell'Unione – e di

[34] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 119; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 137.
[35] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 124; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 142.
[36] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 126; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 144. Nello stesso senso anche Corte giust., sent. 5 giugno 2023, Causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, par. 68.
[37] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 125-128; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 143-146.

certo questa condizione sussiste nel caso di specie, essendo anzi lo Stato di diritto proprio uno degli elementi su cui l'Unione «si fonda» – e se le violazioni sanzionate presentino comunque un nesso significativo con la protezione degli interessi finanziari dell'Unione – ciò che, sulla base di una lettura complessiva del Regolamento, la Corte ritiene ugualmente sussistente. Riguardo a quest'ultimo profilo, l'argomentazione della Corte, alla luce dell'insistenza «quasi martellante»[38] con cui è stato valorizzato il nesso tra le violazioni dello Stato di diritto e la messa in pericolo degli interessi finanziari dell'Unione, rischia peraltro di compromettere l'utilità futura dello strumento così approntato.

Con riferimento all'altro nucleo argomentativo sollevato dalle ricorrenti, quello inerente alla sovrapposizione tra il meccanismo di condizionalità finanziaria di cui al regolamento in questione e il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 7 TUE, la Corte nega che l'atto impugnato determini una elusione della succitata previsione del Trattato, e ciò essenzialmente per due ragioni: in primo luogo, numerose disposizioni dei Trattati – dunque, non solo l'art. 7 – conferiscono alle istituzioni la competenza ad esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE[39]; in secondo luogo, la procedura prevista dal regolamento impugnato persegue una finalità diversa da quella dell'art. 7 TUE – esso «autorizza l'esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto […] solo laddove

[38] G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente?*, cit., 21.

[39] «Il preambolo della Carta ricorda, in particolare, che l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello Stato di diritto e riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati nella stessa Carta. Gli articoli 6, da 10 a 13, 15, 16, 20, 21 e 23 di quest'ultima precisano la portata dei valori della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, del rispetto dei diritti umani, della non discriminazione e della parità tra donne e uomini, contenuti nell'articolo 2 TUE. L'articolo 47 della Carta e l'articolo 19 TUE garantiscono in particolare il diritto a un ricorso effettivo e il diritto a un giudice indipendente e imparziale precostituito per legge, per quanto riguarda la tutela dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione. Inoltre, gli articoli 8 e 10, l'articolo 19, paragrafo 1, l'articolo 153, paragrafo 1, lettera i), e l'articolo 157, paragrafo 1, TFUE precisano la portata dei valori di uguaglianza, di non discriminazione e della parità tra donne e uomini e consentono al legislatore dell'Unione di adottare norme di diritto derivato dirette ad attuare tali valori. Dai due punti precedenti si ricava che, contrariamente a quanto afferma l'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica di Polonia, oltre alla procedura prevista all'articolo 7 TUE, numerose disposizioni dei trattati, frequentemente concretizzate da diversi atti di diritto derivato, conferiscono alle istituzioni dell'Unione la competenza a esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE commesse in uno Stato membro. Per quanto attiene in particolare al valore dello Stato di diritto, taluni aspetti di questo sono tutelati dall'articolo 19 TUE, come riconosce d'altronde l'Ungheria. Lo stesso vale per gli articoli da 47 a 50 della Carta, contenuti nel titolo VI della stessa, rubricato "Giustizia", che garantiscono, rispettivamente, il diritto a un ricorso effettivo e il diritto a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e il diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Più nello specifico, la Corte ha dichiarato che l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto contenuto nell'articolo 2 TUE, impone agli Stati membri, conformemente al paragrafo 1, secondo comma, dello stesso articolo 19, di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca ai singoli il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione […]. Orbene, il rispetto di tale requisito può essere controllato dalla Corte, in particolare nell'ambito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ai sensi dell'articolo 258 TFUE […]. La Corte ha inoltre dichiarato che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, interpretato alla luce dell'articolo 47 della Carta, pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato chiaro e preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento all'indipendenza che deve caratterizzare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione, sicché un giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione del diritto nazionale che violi l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, se del caso dopo aver ottenuto dalla Corte un'interpretazione di quest'ultima disposizione nell'ambito di un procedimento di rinvio pregiudiziale […]. Dalle considerazioni di cui ai punti da 159 a 162 della presente sentenza risulta quindi che l'argomentazione dell'Ungheria secondo la quale il valore dello Stato di diritto può essere tutelato dall'Unione solo nell'ambito della procedura prevista all'articolo 7 TUE deve essere respinto» (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 157-163; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 193-199).

sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un'incidenza sul bilancio»[40].
Le decisioni sin qui esaminate meritano di essere accolte con favore, in quanto mettono in evidenza la necessità di una coerenza complessiva dell'azione dell'Unione e degli Stati anche sul piano della cornice valoriale che fonda la costruzione giuridica comune e ne ispira l'incessante evoluzione. La fiducia reciproca che è (e non può non essere) alla base del processo di integrazione non ammette che le violazioni dei princìpi cardine dello Stato di diritto da parte di uno o più Stati membri restino prive di conseguenze; ne andrebbe della tenuta stessa del patto fondativo dell'Unione, nonché di quella «solidarietà» tra i popoli europei la cui natura di principio fondamentale la Corte di giustizia ha iniziato a riconoscere con sempre maggiore chiarezza in alcuni recenti arresti[41], e che – anche alla luce delle misure di contrasto alla pandemia e alla successiva emergenza economica – prelude a uno scenario di ulteriore intensificazione dell'unione economica e fiscale tra gli Stati membri nei prossimi anni[42]. Dubbi, peraltro, permagono in merito all'effettivo séguito di queste decisioni, nonché sulla evidente discrasia tra le posizioni rispettivamente del Parlamento e del Consiglio sulle finalità del Regolamento[43].

[40] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 172-174; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 211-213.

[41] V. Corte giust. (Grande Sezione), sent. 15 luglio 2021, Causa C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia, Commissione europea*, par. 38, in cui si aggiunge che «il principio di solidarietà è sotteso all'intero sistema giuridico dell'Unione […] ed è strettamente connesso al principio di leale cooperazione, sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. A questo proposito, la Corte ha segnatamente statuito che tale principio non soltanto obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione, ma impone anche alle istituzioni di quest'ultima doveri reciproci di leale cooperazione con gli Stati membri» (par. 41).

[42] Sul punto, occorre ricordare che le tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei non sono limitate ai princìpi dello Stato di diritto, ricomprendendo anche i diritti sociali quali diritti costituzionali fondamentali: sul punto v. A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna on-line*, 1, 2015, 106 ss., e Id., *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, 33-48.

[43] Osserva criticamente C. Buzzacchi, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2022, 9, che «ci si può ancora interrogare, a fronte della soluzione al ribasso che è emersa con il regolamento e con le successive Conclusioni del Consiglio europeo di dicembre 2020, se la salvaguardia dello Stato di diritto sia mezzo o fine. E se il bilancio è il bene da proteggere – come pare dal tenore del regolamento 2092 – va compreso quale sia la sua funzione che più appare irrinunciabile: perché se esso è funzionale ad assicurare risorse per diritti, ciò è pienamente coerente con le aspirazioni dello Stato di diritto, che viene invocato per proteggere la decisione finanziaria. Ma se invece esso ha una valenza meramente politica, ovvero è destinato a mantenere una coesione sul piano decisionale, senza dunque escludere dalle risorse i Paesi che più palesemente violano lo Stato di diritto, il risultato raggiunto appare un tradimento di questo valore». V. altresì le considerazioni di A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 41-42, per il quale «può dubitarsi che il ricorso a strumenti para-sanzionatori e '*top-down*', come il regolamento 2092, magari illuminati di nuova luce dalla 'retorica costituzionale' della Corte di giustizia, riesca davvero contribuire a una costituzionalizzazione dell'Unione, senza che vi sia, contemporaneamente, un irrobustimento della democrazia a livello sovranazionale, specie in termini di radicamento di autentici partiti europei. Il ruolo giocato in tale ambito dal Parlamento europeo, quale attivo paladino della tutela dei diritti fondamentali e della *Rule of Law* in alcuni Stati membri, non sembra possa contribuire a tale obiettivo, per il quale occorrerebbero riforme (come l'istituzione di regole elettorali uniformi, un'unica data per le elezioni europee e una circoscrizione transnazionale) che solo il Consiglio potrebbe concedere. Ancora più ingombrante il dubbio di come si possano superare, con simili strumenti di condizionalità, i limiti che hanno inficiato, vent'anni or sono, le procedure di adesione, in cui un 'ottimismo istituzionale' poco disinteressato ha consentito valutazioni manageriali delle riforme legislative e costituzionali degli Stati candidati, ignorando la carente base sociale e culturale necessaria a far attecchire quelle riforme […]. Incombe all'orizzonte, inoltre, il rischio del doppio standard di valutazione degli Stati membri di più antica tradizione liberal-democratica e quelli usciti da poco da regimi autoritari, cui si

Rilevante è altresì il chiaro – e, quantomeno in termini così netti, inedito – riferimento fatto dalla Corte all'«identità» dell'Unione, della quale lo Stato di diritto sarebbe elemento fondamentale. È evidente che l'identità dell'Unione non corrisponde, né può corrispondere, ad un codice di valori del tutto autonomo rispetto a quello che costituisce le differenti identità degli Stati membri: ne emergerebbe una nozione di identità europea posta in chiave potenzialmente «oppositiva» rispetto alle identità nazionali, in contraddizione con lo stesso articolo 2 TUE che si riferisce, come già si è osservato, a valori «comuni agli Stati membri». Sarebbe stato forse opportuno avvalersi di una categoria diversa da quella dell'«identità», vieppiù alla luce dell'uso che ne è stato fatto negli ultimi anni proprio dalle corti costituzionali degli Stati che stanno vivendo le derive illiberali summenzionate[44]. Una netta separazione dell'identità dell'Unione dalle identità costituzionali nazionali sarebbe peraltro impossibile, alla luce dell'evidente scaturigine dei valori enunciati nell'articolo 2 TUE proprio dai materiali costituzionali nazionali.

4. Postilla. L'Unione europea come società democratica: forza e debolezza di un concetto. Nei lavori più recenti di Armin von Bogdandy le parole *Strukturwandel* (mutamento strutturale), *Demokratisierung* (democratizzazione) e *Gesellschaft* (società) sembrano rivestire un ruolo centrale – non a caso, tutte e tre ricorrono nel titolo di una sua recente e ponderosa opera[45]. «Mutamento strutturale» è quello che riguarda il diritto pubblico europeo, per effetto del processo di integrazione sovranazionale; mentre ad essere coinvolta in un processo di «democratizzazione» è la «società» europea, in quanto «settanta anni di integrazione europea non hanno portato alla nascita di un 'popolo' europeo, né tantomeno di uno *Stato* europeo; ma hanno visto l'affermarsi di una 'società' europea»[46]. Von Bogdandy incardina proprio sull'art. 2 TUE l'idea di una società europea che non corrisponde a uno Stato né è destinata ad assumere forma statale, ma che al contempo incide significativamente sugli assetti degli Stati che ne fanno parte – nel senso che questi non sono rimpiazzati o eliminati, ma neppure permangono inalterati. Questa società è democratica in quanto è intesa come «democrazia delle molteplici mediazioni», nella quale la cornice valoriale comune non corrisponde ad una identità presupposta, bensì all'espressione di una presa di coscienza collettiva, necessariamente graduale, che avviene – hegelianamente – nel segno di una progressiva conformazione al principio democratico[47]. I mutamenti in atto nel diritto pubblico europeo

connette il rischio di ampliare la frattura culturale tra Est e Ovest, dopo che la crisi economica aveva ampliato quella Nord-Sud».

[44] Annota condivisibilmente G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente?*, cit., 27, che «Non può […] esserci un'identità dell'Unione che si giustappone, o addirittura oppone, a quella degli Stati membri. Forse, quindi, la protezione dei valori fondamentali dell'Unione sarebbe meglio servita da un concetto diverso, un concetto dal contenuto meno polemico (aggettivo da intendersi come 'capace di generare contrapposizione o antagonismo'). Meglio avrebbe fatto la Corte, per esempio, a enfatizzare di più l'aspetto del 'comune sentire' che permea l'art. 2 TUE. In questo modo, essa avrebbe non solo riecheggiato l'aggettivazione usata nella disposizione ('[q]uesti valori sono *comuni* agli Stati membri'), che implica logicamente la pluralità all'interno dell'uniformità, ma anche valorizzato la dinamica di apprezzamento ragionevole – un sentire, appunto – che sfugge alla fissità di una 'identità dell'Unione', superandola».

[45] A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, cit.

[46] A. von Bogdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 700.

[47] V. l'accurata disamina di M. Bozzon, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico (a proposito di A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, 1131-1153), il quale osserva che «L'effetto straniante di tale esperienza dipende in larga misura dalla fine dell'equazione *öffentlich* = *staatlich* (pubblico = statale), la quale connota la prima radicale discontinuità: 'il processo di europeizzazione ha portato a istituzioni pubbliche europee dotate del potere di definire le politiche, le quali, tuttavia, non sono intese come organi statali europei. Ciò implica un mutamento strutturale,

sembrano poi avvenire nel segno del *transformative constitutionalism*, che riconosce alla giurisprudenza e alle elaborazioni dottrinarie della scienza giuridica un ruolo decisivo ai fini della risposta alle istanze di trasformazione sociale.
Ciò che qui risulta problematico, è il modo in cui si deve intendere il «principio democratico» all'interno di una società europea nella quale lo stesso von Bogdandy dichiara non essere necessaria l'esistenza di un «soggetto collettivo»[48]. Se l'idea moderna di democrazia risulta indissociabile dal concetto di autodeterminazione collettiva, risulta difficile astrarre da nozioni come «popolo», «sovranità», «nazione» e «rappresentanza politica» (che concorrono proprio a disegnare il soggetto dell'unità politica) senza rinunciare contemporaneamente al principio democratico modernamente inteso; l'idea di democrazia come processo di una società pluralistica sembra allora tutta da chiarire, e certo non agevolmente inquadrabile con gli strumenti categoriali offerti dall'omogeneità sociale che connota la concettualità giuspubblicistica disegnata sulla forma-Stato (neppure nella sua forma federale). Un processo decisionale fondato sulla mediazione, sul compromesso e sulla conservazione della pluralità sembra allora imporre una reinvenzione della democrazia[49] ben più radicale di quella ritenuta necessaria, ad esempio, da Jürgen Habermas – per il quale occorre piuttosto «conservare le conquiste democratiche degli Stati nazionali europei superando i limiti di questo modello istituzionale»[50].

Abstract. Il saggio si articola in due movimenti: il primo intende mettere in questione il concetto di «omogeneità», talvolta proposto in dottrina come chiave di lettura ai fini dell'individuazione di un minimo comune denominatore tra gli Stati membri, che assicuri la stabilità dello spazio costituzionale instaurato sul territorio europeo; il secondo si pone l'obiettivo di calare tale disamina nel concreto di alcuni conflitti costituzionali decisi

perché *pubblico* e *statale* sono stati usati per secoli pressoché come sinonimi' […]. L'evocazione di una società europea (nel senso in cui Bogdandy la intende) non vuole sottintendere, dunque, la costituzione di un'unità politica di tipo statale. Si legge così che 'il diritto pubblico europeo di oggi struttura una società europea, ma non – così secondo l'opinione prevalente – uno Stato europeo'» (ivi, 1135-1139).

[48] «Un atto dell'Unione non porta con sé la presunzione di realizzare l'autodeterminazione collettiva, bensì quella di corrispondere, ai sensi dell'art. 2 TUE, ai principi del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini, del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, e quello dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze» (A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, cit., 240; la traduzione del passaggio citato è di M. Bozzon, *L'invenzione della società europea*, cit., 1144-1145).

[49] Osserva lucidamente G. Duso, *Una nuova 'invenzione' per un nuovo costituzionalismo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, 552-553, che «il problema di un nuovo costituzionalismo presenta ai giuristi la difficoltà dovuta al fatto che il diritto costituzionale ha come suo presupposto la costituzione statale caratterizzata dalla legittimazione democratica. Perciò è oltre l'assetto che la disciplina ha avuto che bisogna andare per pensare in modo diverso la costituzione, cioè una 'costituzione senza Stato'. Per quanto riguarda l'essenza 'democratica' di questo costituzionalismo, non si tratta di rintracciare elementi che costituiscano quasi un surrogato a quella 'vera' democrazia che sarebbe ancora da ravvisare nell'autodeterminazione con cui si pensa la sovranità democratica degli Stati. Nemmeno può rappresentare una soluzione la convinzione, spesso diffusa, che ci sia per l'Europa una legittimazione indiretta che viene dalla costituzione democratico-rappresentativa degli Stati. E questo non solo per le aporie e la crisi della costituzione democratica di cui si è detto, ma anche perché una tale legittimazione democratica fa tutt'uno con quella logica della sovranità che si deve abbandonare per poter concepire politicamente l'Europa. Piuttosto il problema di un costituzionalismo europeo è da considerare come un'occasione felice, in quanto 'impone' la necessità di ripensare la democrazia. Uno degli ostacoli maggiori a prendere decisamente la via di un nuovo costituzionalismo viene dalla riluttanza che, nonostante le dichiarazioni, filosofi e costituzionalisti hanno ad abbandonare il concetto di 'autodeterminazione' e a concepire la legittimità in modo diverso dal potere 'rappresentativo'». Sul punto, v. altresì Id., *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, 2022.

[50] J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 146.

recentemente, tra i quali la decisione adottata dalla Corte di giustizia nelle cause *Ungheria* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*. In tali pronunce la Corte ha affermato, significativamente, che i valori comuni di cui all'articolo 2 del Trattato «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune». Trattasi di statuizioni di grande rilievo alla luce della giurisprudenza pregressa e della recente evoluzione del diritto europeo, foriere al contempo di notevoli ambiguità nella misura in cui rischiano di alimentare letture dell'identità dell'Unione in senso «oppositivo» rispetto alle identità costituzionali degli Stati membri, o di appiattire il novero dei valori comuni agli Stati in un codice presupposto, statico e uniforme. È allora evidente come nella ricostruzione dei rapporti tra i concetti di omogeneità, conflitto e identità si giochi in un certo senso la stessa possibilità di concepire l'Unione come «unità plurale», così come la tenuta di una lettura del processo di integrazione in senso autenticamente federalistico e democratico.

Abstract. The article is divided into two main parts. The first questions the concept of «homogeneity», often proposed as a way to identify a minimum common denominator among member states that ensures the stability of the European constitutional area. The second part applies this examination to specific recent constitutional conflicts, including the Court of Justice's ruling in the cases of *Hungary* and *Poland v. Parliament and Council*.
In these rulings, the Court emphasized that the common values set out in Article 2 of the Treaty «define the very identity of the European Union as a common legal order». While these statements have significant implications for past case law and the evolution of European law, they also raise potential ambiguities. Namely, they risk reinforcing interpretations of the Union's identity that contradict the constitutional identities of member states. Therefore, reconstructing the relationship between homogeneity, conflict, and identity is crucial for understanding the Union as a «plural unity» and ensuring a genuinely «plural» and democratic interpretation of the integration process.

Parole chiave. Unione europea – clausole di omogeneità – identità costituzionali – Stato di diritto – società democratica.

Key words. European Union – homogeneity clauses – constitutional identity – rule of law – democratic society.

LA DEFINIZIONE DEL CONTENUTO DELL'IDENTITÀ NAZIONALE EX ART. 4 PAR. 2 TUE TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTI COSTITUZIONALI: UN ARGOMENTO PER IL RIACCENTRAMENTO DEL «DIALOGO TRA LE CORTI»*

di Umberto Lattanzi**

Sommario. 1. Introduzione. 2. La protezione dell'identità nazionale nell'Unione europea tra autonomia e collaborazione. – 2.1. I conflitti costituzionali tra rischi di collisioni costituzionali e potenzialità pluralistiche. – 2.2. L'art. 4.2 TUE: una norma di traduzione. – 2.3. (…) in particolare: l'individuazione del contenuto dell'identità nazionale tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia. – 3. Dai principi alla prassi: alcuni recenti malfunzionamenti del dialogo costituzionale. L'esclusione dell'argomento identitario dalle interlocuzioni tra le Corti costituzionali italiana e tedesca e la Corte di Giustizia. – 3.1. La reticenza delle Corti italiana e tedesca a rinviare alle Corte di Giustizia questioni pregiudiziali ex art. 4, par. 2, TUE. – 3.2. Le ragioni della reticenza: la difesa della «sovranità interpretativa» in tema di identità costituzionale. – 4. Per il riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità? – 4.1. Il meccanismo pregiudiziale e i sistemi di giustizia costituzionale negli Stati membri: l'asimmetria tra diffusione e accentramento. – 4.2. In cerca di un protocollo di cooperazione tra Corti nazionali e Corte di Giustizia nella definizione del contenuto dell'identità nazionale degli Stati membri ex art. 4, par. 2 TUE. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione. Chi decide del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE? Come si vedrà, è un'opinione diffusa – e condivisibile – che spetti alle Corti costituzionali nazionali determinare il contenuto dell'identità del proprio ordinamento, mentre spetta alla Corte di Giustizia l'interpretazione del concetto di identità nazionale rilevante e quindi la possibilità di sussumere entro tale nozione i contenuti normativi individuati dalle Corti costituzionali.

La prassi è però meno lineare: solo in una piccola parte dei casi nei quali la Corte di Giustizia è stata investita della questione del rispetto dell'identità nazionale di uno Stato membro ciò è avvenuto su rinvio della Corte costituzionale dello Stato membro interessato. Ciò spinge la Corte di Giustizia a effettuare un controllo sul contenuto delle rivendicazioni identitarie sottopostele, ingerendosi così di questioni di diritto costituzionale degli Stati membri. Questa circostanza, a sua volta, pare spiegare la reticenza delle Corti costituzionali a riferire questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia evocando espressamente la clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE, dato il timore di esserne smentite. Ne risulta una situazione complessiva nella quale gli aspetti di autonomia e, quindi, di unilateralità propri dei meccanismi di tutela dell'identità nazionale e costituzionale sono fortemente enfatizzati, a discapito dei profili

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca in International and European Law – Università Commerciale di Milano Luigi Bocconi.

collaborativi e relazionali.
Risulta pertanto problematica l'asimmetria tra la natura diffusa del meccanismo del rinvio pregiudiziale e quella accentrata propria di larga parte dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri, dal momento che ciò determina il decentramento del controllo di identità. A fronte di ciò, si sostiene, è necessario un ri-accentramento del dialogo costituzionale in materia di identità, che renda possibile un dialogo diretto tra la Corte di Giustizia e le Corti costituzionali degli Stati membri. A tal riguardo, se la prospettiva dell'introduzione di un «rinvio pregiudiziale al contrario» costituisce senz'altro la soluzione ideale, essa appare anche piuttosto difficile da realizzarsi, almeno al momento. Guardando alle soluzioni *de lege lata*, si afferma allora l'opportunità di un'estensione delle dottrine in tema di doppia pregiudizialità diffusesi negli Stati membri dell'Unione anche alle questioni identitarie.
L'articolo procede come segue: nel primo paragrafo viene introdotto l'art. 4, par. 2, TUE, inquadrandolo nel contesto dei c.d. conflitti costituzionali (§ 1.1) e sottolineandone la natura di «norma di traduzione» (§1.2), venendo infine alla questione di chi sia il soggetto istituzionalmente deputato alla dichiarazione del contenuto dell'identità nazionale (§1.3). Nel secondo paragrafo è discussa la prassi della Corte costituzionale italiana e tedesca nell'interlocuzione in materia di identità con la Corte di Giustizia, mettendo in luce la reticenza delle prime a sollevare questioni pregiudiziali in tema di identità (§2.1) e provando a spiegarla quale difesa della loro sovranità interpretativa in materia di identità costituzionale (§ 2.2). Nell'ultimo paragrafo, le disfunzioni del dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia vengono lette alla luce dell'asimmetria tra la natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale di molti Stati membri e quella diffusa, propria del meccanismo pregiudiziale (§ 3.1), suggerendo un riaccentramento del dialogo in tema di identità (§ 3.2). Seguono brevi conclusioni.

2. La protezione dell'identità nazionale nell'Unione europea tra autonomia e collaborazione. Storicamente i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e quello dell'Unione Europea si sono strutturati intorno a una duplice – e «rivale» – autonomia.
Da un lato, il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione,[1] risultante dalla limitazione delle prerogative sovrane da parte degli Stati e dal loro contestuale trasferimento all'Unione, implica che le questioni di diritto dell'Unione – relative cioè alla sua validità, interpretazione e applicazione – debbano essere risolte esclusivamente con riferimento a norme di diritto UE (e, quindi, non di diritto nazionale) e dalla sola Corte di Giustizia[2].

[1] Il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione viene qui in rilievo solo nella sua dimensione interna – apprezzabile nei rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri e nella pretesa di indipendenza da questi ultimi – e non anche in quella esterna, attinente ai rapporti con il diritto internazionale. Per una discussione del principio in parola, v. almeno K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, S. Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1, 2021; N. Nic Shuibhne, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?*, in *Nordic Journal of International Law*, 1, 2019; M. Klamert, *The Autonomy of the EU (and of EU Law) through the Kaleidoscope*, in *European Law Review*, 6, 2017; B. de Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1, 2010.
[2] In una letteratura davvero vastissima, v. G.F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in R.O. Keohane (a cura di), *The New European Community. Decisionmaking And Institutional Change*, Boulder - San Francisco – Oxford, 1991; J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 8, 1991; M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration Through Law, Volume 1: Methods, Tools and Institutions, Book 2: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, Berlin – New York, 1986.

D'altro canto, a livello nazionale, le Corti costituzionali – italiana[3] e tedesca[4] anzitutto – hanno costantemente affermato come il diritto dell'Unione sia applicabile negli ordinamenti interni in virtù di un'autorizzazione da parte di questi ultimi. La natura condizionata di tale autorizzazione al rispetto di un nucleo di principi costituzionali intangibili preserva l'autonomia degli ordinamenti nazionali e il ruolo delle Corti Costituzionali stesse, cui spetta l'ultima parola sulla definizione del diritto applicabile nel caso di antinomie tra i due livelli ordinamentali.[5]

2.1. I conflitti costituzionali tra rischi di collisioni costituzionali e potenzialità pluralistiche. Lo scenario appena delineato è caratterizzato da un'ambivalenza di fondo: da un lato i conflitti costituzionali, stante l'assenza di un criterio ordinante complessivo e unitario, sono visti come una fonte di instabilità nella misura in cui espongono il progetto europeo a rischi di «collisioni costituzionali»;[6] dall'altro, i medesimi, si sostiene, costituiscono un momento fisiologico delle relazioni tra ordinamenti nazionali e dell'Unione[7] e assumono la funzione di vero e proprio «motore dello sviluppo dei principi fondamentali [e] reggono il funzionamento [del sistema]»[8].

Di qui la centralità del «dialogo costituzionale» tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia[9], sia al fine di «disinnescare» possibili conflitti costituzionali[10], sia a quello di favorire lo sviluppo del diritto dell'Unione, anche a partire da materiali giuridici provenienti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, secondo una logica genuinamente pluralista[11].

---

[3] Sull'esperienza italiana, v., recentemente, D. Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021; S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale: contributo per una ricostruzione del dialogo tra le Corti*, Napoli, 2018; A. Bernardi (ed), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

[4] Per una panoramica, v. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*' in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020; M. Polzin, *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Tübingen 2018, 143-197; P.M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, Baden-Baden, 2017[3].

[5] In una prospettiva comparata, estesa a più giurisdizioni, v. L.D. Spieker, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the* Modus Vivendi *between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Common Market Law Review*, 2, 2020; C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020; M. Claes, J.H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the* Gauweiler *Case*, in *German Law Journal*, 4, 2015; C. Grabenwarter, *National Constitutional Law Relating to the European* Union, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2011[2].

[6] N. MacCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1998.

[7] G. Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, London, 2022[2].

[8] G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2018, 788.

[9] Richiama alla cautela nell'uso dell'espressione in questione, a causa della sua vaghezza e del suo frequente improprio impiego nella letteratura G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010. Per una precisazione della nozione, v. A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, 118, ss.

[10] Sulla preoccupazione di evitare collisioni costituzionali, alla base del pluralismo c.d. normativo, v., pur critici, O. Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, London, 2022, 40-44; N. Krisch, *Who Is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, in *Ratio Juris*, 4, 2011.

[11] L'idea fondamentale è quella di valorizzare la comune appartenenza di principi e valori riconosciuti da ciascuno dei livelli ordinamentali in dialogo a un unico patrimonio costituzionale europeo: sul punto v. almeno A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002. Per la realizzazione di tale prospettiva è particolarmente rilevante il 'moto ascendente' proprio della dialettica tra identità costituzionale e tradizioni costituzionali comuni: v. M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 8, 2019.

Ora, se tale dialogo è a lungo rimasto un dialogo «nascosto», caratterizzandosi per la sua informalità,[12] più recentemente esso ha assunto (anche) un carattere «palese», incanalandosi in procedure ufficiali, anzitutto quella del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFEU[13].

2.2. L'art. 4.2 TUE: una norma di traduzione. È alla luce di questo impianto di fondo, basato, da un lato, sulle «rivali» autonomie dell'ordinamento dell'Unione e di quelli nazionali, presidiate dai monopoli interpretativi delle rispettive Corti di vertice, e, dall'altro, sull'esigenza, se non sul dovere[14], di una stretta collaborazione tra queste che si intende qui discutere della clausola identitaria di cui all'art. 4, par., 2 TEU e in particolare delle modalità della definizione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'articolo in parola[15].

A tal riguardo, è stata correttamente rigettata[16] la proposta ricostruttiva secondo la quale l'art. 4, par. 2, TUE sarebbe una codificazione e una conferma delle dottrine dei controlimiti sviluppate dalle Corti nazionali, con la conseguenza di autorizzare queste ultime, in forza del diritto dell'Unione stesso, a non dare applicazione alle norme di diritto UE ritenute contrastanti con l'identità costituzionale interna in via del tutto unilaterale.[17] Una tale lettura dell'art. 4, par. 2, TUE avrebbe ridotto la norma in parola a un rinvio «in bianco» al diritto costituzionale degli Stati membri e avrebbe determinato il ricorso ai fini della sua interpretazione a criteri esterni all'ordinamento dell'Unione europea: ciò, con ogni evidenza, avrebbe negato all'art. 4, par. 2, TUE la natura di norma autonoma di diritto UE e, in ultima analisi, avrebbe arrecato un grave pregiudizio all'autonomia dell'ordinamento dell'Unione.[18]

Piuttosto, l'art. 4, par. 2, TUE, appunto quale norma autonoma di diritto UE, offre la possibilità, sotto il controllo della Corte di Giustizia, di operare deroghe, rispettose del principio di proporzionalità, al diritto dell'Unione: ciò sia assurgendo ad autonoma causa di deroga, sia, più spesso, concorrendo all'interpretazione delle cause di deroga già esistenti,

---

[12] G. Martinico, *Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of "Hidden Dialogue"*, in *King's Law Journal*, 2, 2010.

[13] V. i contributi in M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno (a cura di), *Special Issue 'Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts'*, in *German Law Journal*, 6, 2015.

[14] Depone in tal senso sicuramente il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3 TUE: v. Corte cost., Ord. del 26 gennaio 2017, no. 24, parr. 6, 8. Sul punto v. G. Martinico, *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, in *European Public Law*, 3, 2021. Nella prospettiva degli ordinamenti statali, le medesime conclusioni si impongono anche in ragione del principio di apertura all'integrazione europea: v. BVerfG, Ordinanza del Secondo Senato del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, parr. 58-66. V. anche A. von Bogdandy, P.M. Huber (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum II: 'Offene Staatlichkeit - Wissenschaft vom Verfassungsrecht'*, Heidelberg, 2007.

[15] La letteratura in argomento è estremamente vasta. V. almeno G. Di Federico, *L' identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivinia (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration* Cambridge, 2013.

[16] Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, parr. 68-71. In dottrina v., *ex multis*, M. Claes, *National Identity: Trump Card or up for Negotiation?*, in A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (a cura di), *National constitutional identity and European integration*, cit.

[17] A. von Bogdandy, S.W. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 5, 2011, 1419; sia pure con riferimento all'art. I-5 del fallito Trattato costituzionale, v. M. Kumm, V. Ferreres Comella, *The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union*, in International Journal of Constitutional Law, 2-3, 2005, 479. Analogamente, v. Corte cost. spagnola, Dichiarazione del 13 dicembre 2004, no. 1/2004, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, par. 3 e dal Consiglio cost. francese, Decisione del 19 novembre 2004, no. 2004-505 DC, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, par. 13.

[18] V. Corte giust., Conclusioni dell'AG Cruz Villalón presentate il 14 gennaio 2015 in causa C-62/14, *Gauweiler*, par. 59: «sarebbe un compito pressoché impossibile preservare *questa* Unione, quale la conosciamo oggi, se si pretendesse di assoggettarla ad una riserva assoluta, a mala pena specificata e in pratica lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, sotto forma di una categoria denominata 'identità costituzionale'».

anzitutto quella in tema di ordine pubblico[19].
Dalla natura autonoma dell'art. 4, par. 2, TUE discendono inoltre ulteriori conseguenze. Anzitutto, l'identità nazionale di cui si invoca il rispetto da parte dell'Unione non può confliggere con i valori fondanti di questa, espressi all'art. 2, TUE, i quali, come ha precisato di recente la Corte di Giustizia «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»[20]: l'imposizione di tale limite esterno alle pretese identitarie provenienti dagli ordinamenti nazionali appare essere l'espressione di un «imperativo di omogeneità», che costituisce il limite oltre il quale il pluralismo degli Stati membri non può essere tollerato.[21]
Inoltre – ed è la questione qui più rilevante –, le nozioni di identità costituzionale e di identità nazionale sono reciprocamente indipendenti. La prima è una nozione di diritto costituzionale degli Stati membri; la seconda, invece, è una nozione di diritto dell'Unione. Ne consegue che le due nozioni non coincidono[22]; anzi, è stato autorevolmente osservato che la nozione di identità nazionale di diritto UE è una nozione più ristretta di quella di identità costituzionale di diritto interno, dovendosi in particolare escludere dal suo ambito materiale di applicazione questioni inerenti alla protezione dei diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali, che sono invece generalmente ritenuti sussumibili, almeno nel loro nucleo duro, entro la nozione di identità costituzionale di diritto interno[23].
Se le due nozioni, come si è detto, sono certamente distinte e indipendenti l'una dall'altra, ciò non esclude né l'esistenza di rilevanti ambiti di convergenza e sovrapposizione, né la possibilità della nozione di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE di farsi veicolo nell'ordinamento dell'Unione delle identità costituzionali nazionali. D'altro canto, esacerbare i profili di autonomia reciproca delle due nozioni in parola conduce ad escludere ogni comunicabilità tra le stesse, oltre che a esasperare gli aspetti di unilateralità propri del dialogo tra le Corti, con i rischi di collisioni costituzionali che ne derivano.[24]
Al contrario, da più parti si sono evidenziate le funzioni relazionali della norma in parola.[25] Infatti, nella misura in cui l'art. 4, par. 2, TUE richiede alle istituzioni dell'Unione – e, tra esse, anzitutto alla Corte di Giustizia – di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, insita nelle loro strutture fondamentali, costituzionali e politiche, esso pare assolvere a una funzione di «traduzione»: detta norma guarda alle norme di diritto costituzionale degli Stati membri che ne costituiscono l'identità nazionale e le sussume nell'ordinamento UE, appunto «traducendole» e facendo loro assumere le vesti di eccezione autonoma ovvero

[19] B. Guastaferro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 263 ss.
[20] Corte Giust., Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, parr. 145, 264-266.
[21] Sulla configurabilità dell'art. 2 TUE come una clausola di omogeneità, v. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 215 ss. e in particolare sui rapporti con l'art. 4 par 2 TUE, 278–283.
[22] E. Cloots, *National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2, 2016.
[23] Per un'interpretazione particolarmente restrittiva, che limita l'ambito materiale dell'identità nazionale ex art. 4 TUE alle sole strutture istituzionali degli Stati membri, v. B. de Witte, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in *European Public Law*, 6, 2021. Sul rapporto tra identità nazionale e diritti fondamentali, v. M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 6, 2021.
[24] G. Martinico, O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?*, *Yearbook of European Law*, 2021, 231.
[25] L.D. Spieker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 380 ss., il quale riprende la nozione di relazionalità da Vittoria Barsotti et al., *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015.

riconducendole a eccezioni già esistenti, anzitutto quella dell'ordine pubblico[26]. Di qui l'idoneità, e anzi le potenzialità, della norma in questione ad incanalare in procedure ufficiali i conflitti costituzionali che possono sorgere tra i livelli ordinamentali[27].

2.3. (…) in particolare: l'individuazione del contenuto dell'identità nazionale tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia. Coerentemente con la funzione dialogica (o di 'norma di traduzione') dell'art. 4, par. 2, TUE, le dinamiche attinenti all'individuazione del contenuto dell'identità nazionale di cui alla disposizione in parola vivono nella già discussa tensione tra autonomia e cooperazione.

La dimensione collaborativa si riscontra nella «divisione del lavoro» tra ordinamenti nazionali e dell'Unione nella definizione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE: la questione centrale, in questo contesto, diviene quella di individuare «chi decide che cosa» tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali.[28] Il criterio guida di tale operazione di ripartizione delle competenze interpretative dovrebbe consistere in un'attenta individuazione e coordinazione delle sfere di autonomia, degli ordinamenti in dialogo e delle attribuzioni degli attori istituzionali – anzitutto le Corti – che in essi operano[29].

Ne deriva che è una questione riservata agli ordinamenti nazionali l'individuazione del contenuto della propria identità costituzionale – o, se si preferisce, delle proprie «strutture fondamentali, politiche e costituzionali». La lettura dell'art. 19 TUE, peraltro, conforta questa conclusione nella misura in cui, definendo l'ambito materiale della giurisdizione della Corte di Giustizia ne esclude il diritto nazionale, tanto più se costituzionale[30]. Sotto un profilo istituzionale, larga parte dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri sono sistemi accentrati, nei quali l'interpretazione della costituzione è riservata esclusivamente alle Corti costituzionali[31]: quale corollario, l'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale spetta alle sole Corti costituzionali, come, peraltro, espressamente osservato dalla Corte costituzionale italiana e tedesca[32]. D'altro canto, la Corte di Giustizia non è certo nuova ad assicurare un certo grado di deferenza verso gli Stati membri nella definizione del contenuto delle eccezioni alle libertà fondamentali, specialmente se relative ad ambiti

[26] L.F.M. Besselink, *Case C-208/09,* Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010*, in *Common Market Law Review*, 2, 2012, 687. In una prospettiva analoga, v. anche S. Weatherill, *Distinctive Identity Claims, Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Nod to Brexit)*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, xi; A. Schnettger, *Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System,* in C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., para 2 *The Identity Clause as a* Verbundnorm.

[27] F.X. Millet, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait Is the Gate and Narrow Is the* Way, in *European Public Law*, 6, 2021, 584 ss.

[28] L.D. Spieker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 381.

[29] T. Wischmeyer, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3, 2015, 443-452.

[30] M. Claes, *National Identity: Trump Card or up for Negotiation?*, cit., 123.

[31] Sul punto v. già A. Pizzorusso, *I Sistemi Di Giustizia Costituzionale: Dai Modelli Alla Prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1982; M. Cappelletti, *Il Controllo Giudiziario Di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, Milano,1968, in particolare Cap. 3. Quanto ai Paesi dell'Europa centro-orientale, v., per analoghe conclusioni, W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, 2014. Tra gli Stati membri dell'Unione vi sono comunque significative eccezioni: si pensi all'Irlanda, ai Paesi Bassi e ai Paesi scandinavi.

[32] Corte cost., ord. n. 24/2017, no. 24, par. 6, n. 216/2021, par. 7.5, sent. N. 239/2014, no. 238, parr. 3.1, 3.3, sent. n. 284/2017, par. 3; BVerfG, Sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, *Trattato di Lisbona*, par. 241; Sentenza del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Identitätskontrolle I*, par. 43; Sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, *OMT*, par. 155.

costituzionalmente sensibili.[33]
La cornice di disciplina dell'art. 4, par. 2, TUE è invece una questione di diritto UE: spetta dunque, in via esclusiva, alla Corte di Giustizia l'interpretazione astratta dell'art. 4, par. 2, TUE e, con essa, la definizione in astratto della nozione di identità nazionale, nonché la verifica della possibilità di sussumere entro quella nozione la pretesa identitaria avanzata dall'ordinamento nazionale, il controllo del rispetto da parte di questa del principio di proporzionalità e dei valori di cui all'art. 2 TUE.[34]
Nel senso della necessità di un coordinamento delle funzioni interpretative delle Corti costituzionali e della Corte di Giustizia sembra peraltro deporre una recente sentenza della Corte di Giustizia – *RS* – ove si legge che: «qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale deve sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione».[35]
Analoghe conclusioni sono diffuse in dottrina[36] e anche negli scritti extragiudiziali di numerosi giudici costituzionali e della Corte di Giustizia[37].

3. Dai principi alla prassi: alcuni recenti malfunzionamenti del dialogo costituzionale. L'esclusione dell'argomento identitario dalle interlocuzioni tra le Corti costituzionali italiana e tedesca e la Corte di Giustizia. Se quella appena delineata appare una soluzione, almeno per principi, abbastanza lineare, quando si viene all'analisi della prassi, tuttavia, la questione si fa più complessa e alcuni malfunzionamenti del dialogo costituzionale emergono chiaramente, in particolare quanto alla «reticenza» da parte di alcune Corti costituzionali a sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in tema di identità costituzionale.

3.1. La reticenza delle Corti italiana e tedesca a rinviare alle Corte di Giustizia questioni pregiudiziali ex art. 4, par. 2, TUE. Per discutere dei «malfunzionamenti» cui si è fatto appena cenno, in questa sede si guarderà all'esperienza tedesca e a quella italiana.
Iniziando dunque dal contesto tedesco, la Corte costituzionale nella sua ordinanza con cui effettuava un rinvio pregiudiziale nella causa *Gauweiler*, affermava:

---

[33] J. Zglinski, *The Rise of Deference: The Margin of Appreciation and Decentralized Judicial Review in EU Free Movement Law*, in *Common Market Law Review*, 5, 2018; F. de Witte, *Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 6, 2013.
[34] Molto chiaramente I. Pernice, *Der Schutz Nationaler Identität in Der Europäischen Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 2, 2011, 195: «il concetto di identità nazionale di cui all'art. 4 par. 2 TUE è un concetto di diritto dell'Unione, per la cui interpretazione è competente la Corte di giustizia (art. 267 TFUE)» (traduzione dell'autore).
[35] Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, par. 71
[36] M. Wendel, *The Fog of Identity and Judicial Contestation: Preventive and Defensive Constitutional Identity Review in Germany*, in *European Public Law*, 3, 2021; L.D. Spieker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 381 ss.; M. Claes, *Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is It Anyway?*, in Ead. et al. (a cura di), *Constitutional conversations in Europe. Actors, topics and procedures*, Antwerp, 2012.
[37] Si vedano gli interventi in B. Carotti (a cura di), *L'identità nazionale degli Stati membri e il primato del diritto dell'UE. Giornata di Studio. Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022*, Roma, 2022 del Presidente Lenaerts, *National Identity, the Equality of Member States Before the Treaties and the Primacy of EU Law*, 23; della Giudice Navarretta, *Identità Nazionale e Primato dell'Unione Europea*, 33, s.; della Giudice Rossi, *Regole dell'Unione Europea ed Eccezioni Nazionali: la Questione "Identitaria"*, 77; v. anche C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 1, 2021, 58, ss.

«il sindacato sull'identità condotto dalla Corte costituzionale federale è fondamentalmente diverso dal controllo, condotto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, di cui all'art. 4, paragrafo 2, primo periodo, del TUE [… che] si basa su un concetto di identità nazionale che non corrisponde al concetto di identità costituzionale ai sensi dell'articolo 79 par. 3 G. […]. La Corte di giustizia dell'Unione europea considera la tutela dell'identità nazionale, che è richiesta ai sensi dell'art. 4 par. 2 primo periodo TUE, come una 'finalità legittima' che deve essere presa in considerazione quando gli interessi legittimi sono bilanciati con i diritti conferiti dal diritto dell'Unione. […. Ciò] non soddisfa i requisiti di tutela del contenuto essenziale della Legge fondamentale ai sensi dell'articolo 79 par. 3 GG, che non può essere bilanciato con altri interessi giuridici. La tutela di questi ultimi è compito esclusivo della Corte costituzionale federale»[38].

Al netto delle considerazioni, estranee all'oggetto di questa ricerca, circa la tutela da accordarsi all'identità – assoluta ovvero condizionata al rispetto del principio di proporzionalità –, viene in rilievo la forte enfasi posta sulla reciproca autonomia (o, con le parole della Corte, la «fondamentale differenza») tra le nozioni di identità costituzionale di diritto costituzionale e quella di identità nazionale di diritto UE: «due nozioni di identità, due tipi di sindacato».[39]

Dalla negazione di ogni collegamento tra la nozione di identità di diritto interno e quella di diritto UE – presente, invece, nella giurisprudenza precedente[40] – deriva che la tutela dell'identità costituzionale diventa una responsabilità della sola Corte costituzionale tedesca. Diversamente dal caso «parallelo» del sindacato *ultra vires*,[41] la Corte costituzionale ha pertanto escluso la sussistenza dell'obbligo di effettuare, prima del proprio pronunciamento ultimo e definitivo, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ponendo la questione della compatibilità della normativa di diritto dell'Unione con l'identità nazionale tedesca, così da offrire alla Corte lussemburghese la possibilità di intervenire a definire la validità della normativa in questione alla stregua del diritto dell'Unione, e in particolare, dell'art. 4, par. 2, TUE.[42] È evidente come la tutela dell'identità costituzionale tedesca (art. 79, par. 3, GG) sia percepita, dalla Corte tedesca, appunto come una responsabilità esclusivamente propria, in nessun modo da condividersi con la Corte di Giustizia[43].

Alcuni, simili, malfunzionamenti del dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia in tema di identità possono essere trovati nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, nonostante questa sia spesso descritta – e a ragione – come

[38] BVerfG, ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, *OMT*, § 29 (traduzione dell'autore).

[39] M. Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2014, 286.

[40] BVerfG, sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, *Trattato di Lisbona*, par. 240: «la garanzia dell'identità costituzionale nazionale in base al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione va di pari passo nello spazio giuridico europeo».

[41] BVerfG, Ordinanza del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, par. 60, ove la Corte tedesca afferma, *inter alia*, il proprio dovere di permettere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla natura *ultra vires* di atti dell'Unione europea prima della propria decisione sul punto, come avvenuto, con esiti diversi nei casi 2 BvR 2728/13, *Gauweiler (OMT)* e 2 BvR 859/15, *Weiss (PSPP)*. Cf., in tema di sindacato di identità ai sensi dell'art. 79, par. 3 GG, BVerfG, Ordinanza del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Solange III/Mandato d'arresto europeo II*, par. 46, ove il coinvolgimento della Corte di Giustizia viene limitato alla sola interpretazione della normativa europea in questione, e non anche alla valutazione della sua validità, o di una sua interpretazione, alla luce dell'art. 4 par. 2 TUE.

[42] V. condivisibilmente critici quanto all'approdo in parola, M. Wendel, *The Fog of Identity and Judicial Contestation*, cit., 470–472; S. Dietz, *Die Europarechtsfreundliche Verfassungsidentität in Der Kontrolltrias Des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1, 2017, 111, ss.; D. Burchardt, *Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2016, 535-540.

[43] BVerfG, ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler (OMT)*, § 29.

caratterizzata da uno «stile relazionale» nel giudizio costituzionale, soprattutto se confrontata con il BVerfG tedesco.[44]

Infatti, se in *Taricco* la Corte aveva fatto ricorso alla dottrina dei principi supremi insieme all'art. 4, par. 2, TUE, rinviando tale questione alla Corte di giustizia europea,[45] in alcuni casi successivi la Corte ha operato diversamente. Nelle ordinanze n. 117/2019 e 216/2021, infatti, la Corte ha inteso sottrarre dalla propria interlocuzione con la Corte di Giustizia la questione identitaria. In questi casi la Corte ha indubbiamente adottato uno stile marcatamente relazionale e dialogico nella propria interazione con la Corte di Giustizia, finalizzato a favorire un'interpretazione del diritto UE che fosse compatibile con la normativa costituzionale italiana, valorizzandone l'appartenenza al patrimonio costituzionale europeo; in tali occasioni la Corte ha però escluso di sottoporre alla Corte di Giustizia questioni inerenti al rispetto dei principi supremi dell'ordinamento italiano o all'obbligo di rispettare l'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE.

La mancata remissione alla Corte di Giustizia di questioni pregiudiziali afferenti alla tutela dell'identità nazionale italiana non deve però far concludere per una minore 'problematicità', che non si sarebbe spinta sino alla soglia dei principi supremi, dei casi in parola rispetto, ad esempio, al caso *Taricco*; piuttosto ciò rivela, come si dirà a breve, un mutamento nell'atteggiamento della Corte rispetto al coinvolgimento della Corte di Lussemburgo nelle questioni afferenti i principi supremi dell'ordinamento italiano.

Che i casi affrontati nelle ordinanze n. 117/2019 e 216/2021 non siano di ridotta rilevanza costituzionale e problematicità nel rapporto con l'ordinamento UE si evince chiaramente dal loro tenore, come peraltro osservato da alcuni commentatori[46]. Infatti, nell'ordinanza n. 117/2019, la Corte ha affermato come il c.d. diritto al silenzio «dell'imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un 'corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa'», ritenendo tale diritto «appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana, che caratterizzano l'identità costituzionale italiana».[47] Analogamente, nell'ordinanza n. 216/2021 il diritto alla salute si contrapponeva all'esecuzione *sic et simpliciter* di un mandato di arresto europeo: la Corte ne ricordava la qualificazione, in Costituzione, come «fondamentale diritto dell'individuo», escludendo ogni dubbio circa la sua appartenenza «al novero dei 'diritti inviolabili dell'uomo' riconosciuti dall'art. 2 Cost»,[48] i quali, almeno nel loro nucleo essenziale, sono certamente opponibili, quali «controlimiti» al primato del diritto dell'Unione, come peraltro affermato anche nella citata ordinanza 117/2019[49].

La scelta di non sollevare questioni pregiudiziali interrogando espressamente la Corte di Giustizia sul rispetto, da parte della normativa europea, dell'identità nazionale italiana pare allora potersi spiegare come il prodotto di una concezione, in questo simile a quella della Corte tedesca, che considera la tutela dei principi supremi della Costituzione una materia

---

[44] A. von Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020.

[45] Corte cost., ordinanza del 26 Gennaio 2017, n. 24, punto 1, par. 3 Dispositivo (e, in parte motiva, parr. 6-8).

[46] In merito all'ordinanza n. 117 del 2019, v. G. Fares, *Diritto al Silenzio, Soluzioni Interpretative e Controlimiti: La Corte Costituzionale Chiama in Causa La Corte Di Giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 75 ss. In merito alle ordinanze nn. 216 e 217 del 2021 (con particolare riferimento alla n. 216), v. C. Amalfitano, M. Aranci, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 1, 2022; S. Barbareschi, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 3, 2021.

[47] Corte cost., ord. n. 117/2019, par. 7.1.

[48] *Ibidem*, par. 9.1.

[49] Così già Corte cost., sent. n. 232/1989, par. 3.1. V. anche E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2012, 756, ss.

riservata alla Corte costituzionale. In effetti, la Corte pare riservarsi di intervenire – se necessario – in un momento successivo alla sentenza della Corte di Giustizia, dichiarando unilateralmente la non applicabilità della normativa europea per il suo contrasto con i principi supremi della Costituzione.[50]
Rispetto all'Ordinanza *Taricco*, le ordinanze n. 117/2019 e 216/2021 parrebbero quindi indicare il ritorno del dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, limitatamente alle questioni identitarie, a una dinamica di dialogo informale e nascosto, segnando, invece, l'abbandono delle forme ufficiali proprie del rinvio pregiudiziale.[51] Questo sviluppo ha riflessi certamente negativi: da un lato, accentuando gli aspetti di unilateralità propri della dottrina dei controlimiti, accresce il rischio di 'collisioni costituzionali'; dall'altro svaluta le potenzialità pluralistiche proprie dell'art. 4, par. 2, TUE quale veicolo, nell'ordinamento dell'Unione, di principi e valori propri delle costituzioni nazionali.

3.2. Le ragioni della reticenza: la difesa della «sovranità interpretativa» in tema di identità costituzionale. Dal confronto tra l'ordinanza *Taricco* e le due ordinanze pocanzi discusse, così come dall'evoluzione intervenuta nella giurisprudenza tedesca, sorge spontaneo l'interrogativo circa le ragioni di un tale sviluppo.
A tal riguardo, sono di sicuro interesse alcuni passaggi delle Conclusioni dell'AG Bot in *M.A.S e M.B. (Taricco II)*, nei quali viene discussa la qualificazione quale parte dei principi supremi dell'ordinamento italiano del principio di legalità in matria penale, operata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio. L'AG, nell'escludere che il principio di legalità in materia penale facesse parte dell'identità costituzionale italiana, scriveva:
«rilevo che, nella Costituzione italiana, i principi qualificati come «fondamentali» sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso.
È noto che la portata e il rango di un principio nell'ordinamento costituzionale italiano possono anche essere opera della giurisprudenza costituzionale.
Orbene, la Corte costituzionale ha già affermato che solo il «nucleo centrale» di un principio fondamentale può giustificare l'avvio della procedura cosiddetta dei «controlimiti», con esclusione dei diversi istituti nei quali tale diritto può concretamente estrinsecarsi e atteggiarsi nel corso della storia e secondo le esigenze di quest'ultima. […]
Tenuto conto di tali elementi, non sono convinto del fatto che l'obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco e a.* […] possa ledere l'identità nazionale della Repubblica italiana».[52]
I profili di criticità delle Conclusioni dell'AG sono evidenti: al netto dell'esito cui l'argomentazione perviene, come si è detto, non spetta all'Avvocato Generale (o alla Corte di Giustizia) definire il contenuto dell'identità costituzionale degli Stati membri, tanto più se far ciò vuol dire sindacare la qualificazione operata dalla Corte costituzionale dello Stato interessato.[53]
Certamente l'AG, con le proprie conclusioni, ha finito per ledere le prerogative costituzionalmente riservate alla Corte costituzionale, prerogative riconosciute e protette anche dal diritto dell'Unione (artt. 19 e 4, par. 2, TUE).
A ciò si aggiunga che le sentenze della Corte di Giustizia rese all'esito di un rinvio

[50] V. *supra*, nota 4.6
[51] G. Martinico, *Judging in the Multilevel Legal Order*, cit.
[52] Corte Giust., Conclusioni dell'AG Bot del 18 luglio 2017 in C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, parr. 181-183, 186.
[53] G. Piccirilli, *The* 'Taricco *Saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2018, 819, s.; C. Rauchegger, *National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law:* M.A.S., in *Common Market Law Review*, 5, 2018, 1542.

pregiudiziale sono giuridicamente vincolanti per il giudice *a quo*.[54] Sollevare una questione pregiudiziale vuol dire – anche – accettare l'autorità della Corte di Giustizia: accettazione che è costituzionalmente possibile nella misura in cui gli ambiti interpretativi delle due Corti sono distinti e separati; laddove, in ragione di un eccesso interpretativo della Corte lussemburghese, questi venissero a sovrapporsi, ne sarebbero evidenti i rischi di subordinazione della Corte *a quo* rispetto alla Corte *ad quem*.[55] Pertanto, escludere dalla propria interlocuzione con la Corte di Giustizia l'argomento identitario significa, per le Corti costituzionali, anche sottrarsi al rischio di vedersi smentite, con una sentenza giuridicamente vincolante nei loro confronti, nella qualificazione da esse operata dell'identità costituzionale del 'proprio' ordinamento.[56] D'altro canto, il rischio percepito di una perdita di 'sovranità interpretativa' è stata la ragione del rifiuto, a lungo mantenuto, da parte di molte Corti costituzionali di riferire questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, preferendo, invece, le modalità proprie del dialogo «nascosto».[57].

4. Per il riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità? Nel paragrafo precedente si è cercato di mostrare come la Corte costituzionale italiana e quella tedesca, pur avendo ormai accettato la possibilità di interloquire direttamente con la Corte di Giustizia attraverso il canale ufficiale del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, rifiutino invece di sottoporre a quest'ultima questioni pregiudiziali in materia di identità nazionale ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, preoccupate di porsi in una posizione subordinata rispetto alla Corte di Giustizia e di poterne essere, pertanto, smentite proprio nella loro interpretazione dell'identità costituzionale.

Se tale sindacato della Corte di Giustizia sulle qualificazioni svolte dalle Corti costituzionali è certamente indebito alla luce di quanto fin qui osservato, esso appare, in una certa misura, il portato dell'asimmetria che caratterizza le relazioni tra giudici nel contesto dell'Unione: da un lato la natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale, dall'altro la natura diffusa del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.[58].

4.1. Il meccanismo pregiudiziale e i sistemi di giustizia costituzionale negli Stati membri: l'asimmetria tra diffusione e accentramento. È un dato ampiamente acquisito al dibattito che il processo di integrazione europea e, in particolare, il c.d. mandato *Simmenthal*[59] abbiano determinato una de-centralizzazione dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri.[60] Gli effetti di tale de-centralizzazione dei sistemi di

[54] Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, par. 16.

[55] C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts*, cit. 57 ss.; A. Bouveresse, *How Autonomy Could Lead to Subordination*, in European Central Bank (a cura di), *Building bridges: central banking law in an interconnected world: ECB Legal Conference 2019*, Frankfurt am Main, 2019.

[56] F.C. Mayer, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, cit., 407.

[57] M. Claes, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 6, 2015; G. Martinico, *Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The Pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2012; J.H.H. Weiler, *Editorial: Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2011. Per una discussione dedicata alla Corte costituzionale italiana, v. M Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*.

[58] È nota la natura privilegiata dell'interazione tra la Corte di Giustizia e i giudici comuni negli Stati membri: sul punto v. almeno K.J. Alter, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A.M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler (a cura di), *The European Court and National Courts : Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, Oxford,1998.

[59] M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford – Portland, Oregon, 2006, 58–265.

[60] D. Paris, *The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in A. von Bogdandy, P.M. Huber, C. Grabenwarter (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public*

giustizia costituzionale, con la conseguente marginalizzazione del ruolo delle Corti costituzionali, sono stati apprezzati principalmente in relazione alla tutela dei diritti fondamentali e hanno spinto le Corti costituzionali in Italia, come in altre giurisdizioni[61], a intervenire, essenzialmente mettendo mano alle proprie dottrine in tema di doppia pregiudizialità, al fine di recuperare la propria centralità.[62]

Una problematica analoga viene in rilievo in relazione alla tutela dell'identità nazionale. A dispetto della riserva di controllo a favore della Corte costituzionale in tema di identità costituzionale,[63] solo in piccola parte dei casi nei quali la Corte di Giustizia è stata investita della questione identitaria ex art. 4, par. 2, TUE, ciò è avvenuto su rinvio della Corte costituzionale dello Stato membro interessato.[64] La questione del rispetto dell'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE è sorta più spesso, invece, su rinvio di un giudice comune, venendo sollevata direttamente dal giudice *a quo*[65] o da una delle parti del giudizio principale,[66] ovvero sempre su rinvio di un giudice comune, ma venendo rilevata, con le proprie osservazioni, dal Governo dello Stato membro interessato o, talvolta, da quello di un altro Stato membro[67]. In un numero consistente di casi, infine, la questione è stata sollevata *ex officio* dalla Corte, o, più spesso, dagli Avvocati Generali[68].

Quanto ai giudizi in via principale, la questione è stata posta sia nell'ambito di giudizi dinanzi

Law: Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, Oxford, 2023; J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2013; M. Bobek, *The Impact of the European Mandate of the Ordinary Courts on the Position of Constitutional Court* in M. Claes et al. (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe*, cit.

[61] In prospettiva comparata, v. G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Diritto pubblico*, 3, 2022.

[62] In una letteratura assai vasta, v. almeno C. Amalfitano, M. D'amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022; C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *'Granital revisited'? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; D. Tega, *La corte nel contesto*, Bologna, 2020, Cap. III.

[63] C. Caruso, *Granital revisited? La "precisazione" nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *'Granital revisited'*, cit., 29.

[64] Ciò è avvenuto in solo quattro occasioni: nelle cause C-391/20, *Boriss Cilevičs e a.* (su rinvio della Corte costituzionale lettone); C-673/16, *Coman e a.* (su rinvio della Corte costituzionale rumena); C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (su rinvio della Corte costituzionale italiana); C-399/11, *Melloni* (su rinvio del Tribunale costituzionale spagnolo).

[65] Così nella causa C-490/20, *Pancharevo*; nelle cause riunite C-473/13 e C-514/13, *Bero e Bouzalmate*; e nella causa C-58/13, *Torresi*: i quattro rinvii, si noterà, provengono tutti da ordinamenti che prevedono sistemi di giustizia costituzionale accentrata (rispettivamente Bulgaria, Germania e Italia).

[66] Così in C-566/15, *Erzberger*: la questione è discussa dall'AG Saugmandsgaard Øe nelle sue Conclusioni presentate il 4 maggio 2017, il quale esclude che si possa «qualificare il regime di cogestione tedesco come elemento dell'identità nazionale, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE» (ivi, par. 103).

[67] L'intervento del Governo dello Stato interessato è per vero piuttosto raro: ciò è successo nelle cause riunite C-473/13 e C-514/13, *Bero e Bouzalmate*. A volte però interviene il Governo di uno Stato terzo: così in C-148/22, *Commune d'Ans*; C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*; C-157/15, *G4S Secure Solutions (Achibita)*; C-393/10, *O' Brien* (ove il giudice rimettente era la UK Supreme Court).

[68] Corte Giust., Sentenza della Corte del 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis*; Sentenza della Corte del 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*; Sentenza della Corte del 12 giugno 2014, C-156/13, *Digibet e Albers*; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, C-202/11, *Las*; Sentenza della Corte del 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*; Sentenza della Corte del 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Quanto all'analisi da parte degli Avvocati generali, v. le Conclusioni dell'AG Tanchev, presentate il 9 novembre 2017, in C-414/16, *Egenberger*; Conclusioni dell'AG Bot, presentate il 7 maggio 2015, in causa C-216/14 *Covaci*; Conclusioni dell'AG Kokott, presentate il 21 giugno 2012 in causa C-566/10 P, *Italia c. Commissione*; ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche Conclusioni dell'AG Poiares Maduro del 8 ottobre 2008 in C-213/07, *Michaniki*; Conclusioni dell'AG Poiares Maduro del 16 dicembre 2004 in C-160/03, *Spagna c. Eurojust*.

alla Corte intervenuti a valle di una procedura di infrazione[69]; sia nei ricorsi per l'annullamento di atti dell'Unione europea e delle sue istituzioni e agenzie promossi dagli Stati membri[70].
L'erosione della riserva di controllo a favore della Corte costituzionale che si deriva da queste osservazioni, anche senza considerare in giudizi in via principale, si può spiegare con l'eccessiva enfasi posta sull'autonomia reciproca delle nozioni di identità nazionale (di diritto UE) e costituzionale (di diritto interno): se tra le due norme non vi è alcun collegamento, un giudice comune al quale è precluso rilevare esso stesso l'incompatibilità con l'identità costituzionale del proprio ordinamento della normativa europea che dovrebbe altrimenti applicare, potrebbe sentirsi invece libero di rinviare alla Corte di Giustizia la questione – di diritto europeo (art. 4, par. 2, TUE) – inerente il rispetto europea dell'identità nazionale dello Stato membro interessato.

Se la Corte costituzionale dello Stato membro interessato è rimasta pretermessa dall'interlocuzione tra gli attori costituzionali coinvolti, non potendo, di conseguenza, offrire la propria autorevole interpretazione dell'identità costituzionale dello Stato membro interessato, la Corte di Giustizia è posta dinanzi a un'alternativa: la Corte può «prendere per buona» la qualificazione dell'identità nazionale effettuata da un soggetto diverso dalla Corte costituzionale dello Stato interessato, oppure sindacare tale qualificazione, in ultima analisi interpretando il diritto costituzionale interno ed eccedendo le proprie competenze.[71] Nel contesto attuale, caratterizzato da numerose sfide all'autorità del diritto dell'Unione avanzate dagli organi giudiziari degli Stati membri, così come da quelli politici – e non solo in contesti di regressione dello Stato di diritto –, la Corte è comprensibilmente spinta a non accettare ciecamente qualsiasi caratterizzazione dell'identità nazionale di uno Stato membro propostale, tanto più nella misura in cui questa non provenga dagli organi a tal fine individuati nell'ordinamento statale in considerazione.
D'altro canto, se la qualificazione dell'identità viene operata dalla Corte costituzionale dello Stato interessato, qualora questa mantenga la propria indipendenza dagli organi politici, la Corte di Giustizia dovrebbe assumere un atteggiamento affatto diverso, escludendo il proprio sindacato sulla qualificazione operata dalla Corte *a quo*, e limitandosi a verificare la sua riconducibilità alla nozione di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE e la sua compatibilità con i valori di cui all'art. 2 TUE.

4.2. In cerca di un protocollo di cooperazione tra Corti nazionali e Corte di Giustizia nella definizione del contenuto dell'identità nazionale degli Stati membri ex art. 4, par. 2 TUE. L'insufficienza dei protocolli di collaborazione tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia – si diceva – è tra le cause delle difficoltà del dialogo costituzionale sopra

[69] Così nelle cause C-658/19, *Commissione c. Spagna*; C-151/12, *Commissione c. Spagna*. Ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche le cause C-51/08, *Commissione c. Lussemburgo* e C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*.
[70] Così, ancorché trattasi di casi di abuso della categoria identitaria, in C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*; C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*. Ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche C-344/01, *Germania c. Commissione*.
[71] Per vero, in larga parte delle cause nelle quali viene invocata la categoria identitaria, la Corte di Giustizia evita questa alternativa 'secca' ricorrendo a una terza opzione, quella di eludere la questione identitaria decidendo la causa ricorrendo a un'argomentazione che eviti del tutto l'argomento identitario – come avvenuto in Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* – ovvero affermando la necessità di assicurare piena effettività alla normativa europea in questione, senza entrare nel merito della reale riconducibilità all'identità nazionale dello Stato membro interessato dei principi e valori invocati – come avvenuto in Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman e a.* Sul punto, concordi, v. M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, cit.; G. Martinico, *Taming National Identity*, cit.

accennate nella misura in cui favorisce l'interlocuzione della Corte di Giustizia con i giudici comuni, invece che con le giurisdizioni costituzionali.

Per questa ragione, si discute in letteratura della possibilità di introdurre un «rinvio pregiudiziale al contrario», con il quale la Corte di Giustizia possa richiedere alla Corte costituzionale dello Stato interessato di dichiarare se le norme di diritto costituzionale invocate facciano effettivamente parte dell'identità nazionale dello Stato interessato.[72] In questa prospettiva, ove in un caso pendente dinanzi alla Corte di Giustizia fosse sollevata la questione del rispetto dell'identità nazionale di uno Stato membro, la Corte dovrebbe sospendere il procedimento e riferire una questione alla Corte costituzionale dello Stato in questione. La 'risposta' data dalla Corte nazionale sarebbe quindi vincolante per la Corte di Giustizia quanto alla qualificazione (o meno) di una data norma come parte dell'identità costituzionale. La Corte resterebbe ovviamente libera quanto alle restanti rilevanti questioni: soprattutto la verifica del rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE e la conclusione circa gli effetti nell'ordinamento del diritto dell'Unione di un'eventuale lesione della norma nazionale.

Tale prospettiva è, con ogni evidenza, una prospettiva *de lege ferenda*. Le strade per una sua concretizzazione sembrano essere tre. La «via maestra» in tal senso è una riforma dei Trattati (con le difficoltà politiche connesse al requisito dell'unanimità). In alternativa, è ipotizzabile un intervento limitato alla revisione del Regolamento di procedura della Corte, introducendo un procedimento sulla falsariga delle domande di chiarimento (che possono essere rivolte al solo giudice rimettente) disciplinate dall'art. 101 dello stesso. Si potrebbe introdurre una tale norma, riconducibile all'ambito dell'art. 24, c. 2, dello Statuto della Corte, mediante la riforma del solo Regolamento di procedura.[73] Un'ultima ipotesi è quella di permettere alle Corti costituzionali nazionali di intervenire ex art. 40 dello Statuto della Corte nelle cause pendenti dinanzi ad essa: anche in questo caso sarebbe però necessaria una modifica della disposizione in parola[74]. Tale ipotesi, a tacer d'altro, sconta però il limite di non realizzare un rapporto paritario tra le Corti nei due livelli. Inoltre, la modifica sia del Regolamento di procedura, sia dello Statuto della Corte prevedono procedure che coinvolgono le sole istituzioni europee, escludendo invece quelle nazionali, salvo ovviamente il ruolo dei Ministri nel Consiglio: una modifica dei rapporti tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia di tale conseguenza non sembra certo potersi realizzare escludendo dalla discussione le istituzioni nazionali. In ogni caso, né l'una né l'altra prospettiva sembrano all'orizzonte.

Se le prospettive *de lege ferenda* connesse all'introduzione di un rinvio pregiudiziale «al contrario» appaiono di scarsa praticabilità, è forse opportuno guardare a quelle *de lege lata*: queste, ancorché soddisfino solo parzialmente le esigenze sopra evidenziate, appaiono di più facile percorribilità.

In particolare, la proposta che qui si avanza passa dalla valorizzazione e dall'adattamento della dottrina elaborata in tema di doppia pregiudizialità in una pluralità di Stati membri[75].

Ora, la dottrina della doppia pregiudizialità, comune, come si diceva, a una pluralità di Stati

[72] Per una prima suggestione, v. M. Cartabia, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, 6, 2015, 1796. Il tema è ripreso, sempre a livello di intuizione da C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts*, cit, 58-60. Sviluppano il tema A. Nicòtina, E. Martini, *From Monologues to Dialogue: The US "Certification" Procedure as a Source of Inspiration for EU Cooperative Judicial Federalism* in J. de Poorter et al (a cura di), *European Yearbook of Constitutional Law 2022: A Constitutional Identity for the EU?*, The Hague, 2023.

[73] Ai sensi dell'art. 253 TFUE, il Regolamento di procedura è approvato dalla Corte stessa, con l'approvazione del Consiglio.

[74] Ai sensi dell'art. 281, par. 2 TFUE, la modifica dello Statuto della Corte di Giustizia è effettuata mediante la procedura legislativa ordinaria, previa richiesta da parte della Corte stessa e consultazione della Commissione ovvero previa richiesta della Commissione e consultazione della Corte.

[75] G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, cit.

membri dell'Unione, prescrive, prendendo a riferimento l'elaborazione dalla Corte costituzionale italiana[76], che il giudice comune, laddove rilievi un possibile contrasto tra la normativa nazionale che è chiamato ad applicare e le norme in tema di diritti fondamentali afferenti sia all'ordinamento nazionale sia, se applicabile, all'ordinamento dell'Unione, sollevi prima la questione di pregiudizialità costituzionale e solo successivamente, se del caso, alla Corte di Giustizia per i profili di diritto UE.

La Corte di Giustizia, d'altro canto, ha avuto modo di precisare che tali dottrine sono compatibili con il diritto UE solo ad alcune condizioni: il giudice comune deve restare libero di riferire questioni alla Corte di Giustizia, di rendere i necessari provvedimenti cautelari e, infine, se del caso, di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione[77].

Ciò che si propone è l'estensione della dottrina della doppia pregiudizialità alla tutela dell'identità costituzionale, indipendentemente dalla sua connessione con la tutela dei diritti fondamentali, tanto più che, come si è detto, questi ultimi appaiono estranei alla nozione di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE[78].

Pertanto, il giudice comune il quale, chiamato a dare attuazione a una data norma di diritto UE, ne paventi il conflitto con l'identità costituzionale dello Stato in questione e, allo stesso tempo, con l'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE, dovrebbe investire la Corte costituzionale nazionale della questione inerente all'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale. Laddove la Corte costituzionale ritenesse fondata l'ipotesi formulata dal giudice comune in ordine all'appartenenza di taluni principi al nucleo di quelli che costituiscono l'identità costituzionale, dovrebbe essa stessa adire la Corte di Giustizia mediante un rinvio pregiudiziale onde appurare l'interpretazione corretta della normativa eurounitaria ritenuta in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale e, eventualmente, cercare una composizione del conflitto.

In particolare, in siffatta ipotesi, nell'ordinamento italiano, il giudice ordinario che ipotizzi un contrasto tra i principi supremi dell'ordinamento e l'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE da un lato e la disciplina di derivazione eurounitaria dall'altra, si porrà il problema dell'applicabilità di quest'ultima, con ogni evidenza inapplicabile in caso di positivo accertamento del richiamato contrasto: di qui la rilevanza della questione di costituzionalità. Il giudice, in attuazione dei principi sinora espressi, dovrà pertanto sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale della norma di diritto italiano in forza della quale la normativa dell'Unione Europea è incorporata nell'ordinamento nazionale, invocando, quale parametro del giudizio, le rilevanti disposizioni costituzionali che ipotizza siano espressive di principi supremi dell'ordinamento e delle quali ravvisa un possibile contrasto con la normativa europea[79].

---

[76] V. *supra*, nota 62.

[77] Corte Giust., Sentenze del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*; del 11 settembre 2014, C-112/13, *A. v. B.*; del 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*. V. C. Amalfitano, L. Cecchetti, *The ECJ's approach to dual preliminarity 5 years after the ItCC's Judgment No. 269/2017*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2023; P. Mori, *Il rapporto tra la Corte di Giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di Giustizia*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, cit.192–199.

[78] M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, cit.

[79] Ad esempio, in caso di un paventato contrasto con il diritto primario (come in *Taricco* – Ord. 24 del 2017), dedurrà quale oggetto del giudizio di costituzionalità la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona nella parte in cui autorizza la ratifica e dà piena esecuzione alla norma in parola (art. 2 della l. 130/2008). Ove trattisi di diritto secondario (come nei casi dell'ord. n. 217/2021, o dell'Ord. n. 117/2019) dedurrà quale oggetto del giudizio di costituzionalità la normativa interna che traspone quella di origine eurounitaria (nella specie, rispettivamente l'art. 18-*bis*, c. 1, lett. *c),* l. n. 69/2005 e l'art. 187-*quinquiesdecies* n. d.lgs. n. 58/1998); in

Il giudice comune sarà quindi vincolato dalla sentenza della Corte costituzionale: in particolare, laddove questa concludesse per la non appartenenza di un dato principio o di una certa norma all'identità costituzionale, il giudice *a quo* non potrebbe successivamente rinviare la questione alla Corte di Giustizia ex art. 4, par. 2, TUE. Di conseguenza, la libertà del giudice di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia sembrerebbe limitata. Tuttavia, a ben vedere, il giudice comune rimarrebbe assolutamente libero di riferire alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali inerenti l'interpretazione del diritto dell'Unione, essendo solamente vincolato, invece, dalla sentenza della Corte costituzionale quanto all'interpretazione del diritto costituzionale interno, in particolare in merito a una questione – quella della definizione del contenuto dell'identità costituzionale nazionale – sulla quale, come si è detto, la Corte di Giustizia non potrebbe comunque intervenire. Ovviamente ciò implica l'accettazione di un collegamento sostanziale tra la norma interna in tema di identità costituzionale e quella di cui all'art. 4, par. 2, TUE, da intendersi quale norma «di traduzione».
In conclusione, è certamente vero che alle conclusioni qui avanzate circa la necessità di escludere i giudici comuni dal dialogo costituzionale con la Corte di Giustizia in tema di identità sarebbe possibile giungere già sulla base del monopolio delle Corti costituzionali in tema di controllo di identità[80]. Tuttavia, l'asimmetria tra natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale interni e natura diffusa del meccanismo pregiudiziale ex art. 267 TFUE e l'indebita separazione tra le nozioni di identità costituzionale e di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE, ha determinato, nei fatti, l'erosione del monopolio delle Corti costituzionali sul controllo giurisdizionale sul rispetto dell'identità e la sua, almeno parziale, diffusione. A fronte di ciò, appare necessario un riaccentramento del controllo di identità, che ponga in un dialogo diretto le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia, ad esclusione di altri soggetti, istituzionalmente non deputati all'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale nazionale.

5. Conclusioni. La presente riflessione prendeva le mosse dalla questione di quale fosse il soggetto istituzionale deputato all'individuazione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Da un punto di vista teorico, si osservava, la questione sembra abbastanza lineare, prevedendosi un coinvolgimento della Corte di Giustizia, cui spetta la definizione della cornice normativa generale, e delle Corti nazionali, cui compete invece l'individuazione in concreto del contenuto dell'identità.
Un tale schema, si diceva, corrisponde a una concezione collaborativa e relazionale dell'art. 4, par. 2, TUE quale «norma di traduzione», la cui funzione è quella di sussumere nell'ordinamento dell'Unione, e agli effetti di questo, materiali normativi provenienti dagli ordinamenti nazionali, quali i principi supremi, o l'identità costituzionale, degli stessi. Ciò favorisce l'evoluzione del diritto dell'Unione secondo una logica pluralista, che valorizzi le tradizioni costituzionali elaborate negli ordinamenti nazionali, e costituisce una cautela rispetto al rischio di collisioni costituzionali, al tempo stesso rispettandone l'autonomia reciproca.
L'analisi della prassi recente restituisce però un'immagine diversa, nella quale emerge l'eccessiva enfatizzazione della natura autonoma delle due nozioni di identità nazionale e

assenza di una normativa interna che incorpori quella eurounitaria la quale sia cionondimeno direttamente efficace nell'ordinamento interno, come nel caso di un Regolamento, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sarà nuovamente la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (n. 130/2008), nella parte in cui autorizza la ratifica e dà piena esecuzione nell'ordinamento nazionale alla base giuridica del Regolamento in questione.

[80] P. Faraguna, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio) pregiudizio di fronte alla Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1, 2023, 198.

costituzionale, con ciò erodendone le potenzialità relazionali: le Corti nazionali, preoccupate di perdere la propria «sovranità interpretativa», tendono a concepire la tutela dell'identità costituzionale come una funzione loro riservata, sottratta all'interlocuzione con la Corte di Giustizia; quest'ultima, invece, enfatizza la natura autonoma della nozione di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE, onde contenerne gli effetti centrifughi e i rischi per l'autorità del diritto UE.

Questi malfunzionamenti del dialogo tra le Corti – si è provato ad argomentare – sono in parte dovuti alle difficoltà di stabilire un collegamento diretto tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia, stante l'asimmetria tra la natura accentrata del giudizio di costituzionalità e quella diffusa del meccanismo pregiudiziale, che finisce per permettere l'erosione della riserva di controllo sull'identità prevista in favore delle Corti costituzionali. Di qui la necessità di procedere a un riaccentramento del dialogo costituzionale in materia di identità, favorendo l'interlocuzione diretta e immediata tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia: ciò tramite la previsione di un «rinvio pregiudiziale al contrario», prospettiva che sembra di scarsa plausibilità, ovvero tramite l'estensione delle dottrine in tema di doppia pregiudizialità recentemente affermatesi in più Stati membri anche alle questioni identitarie. Quest'ultima prospettiva, in particolare non risolve pienamente la questione, certo: anzitutto non ne sono interessati i giudizi in via principale. Inoltre, non impedisce alla Corte di Giustizia di smentire le qualificazioni operate, in ipotesi, dalle Corti costituzionali con riguardo all'identità dei propri ordinamenti; tuttavia, escludere i giudici comuni dalle interazioni con la Corte di Giustizia in tema di identità comporta, per la Corte di Giustizia, che il proprio interlocutore siano solo le Corti costituzionali, soggetti istituzionalmente preposti all'interpretazione delle Costituzioni nazionali, delle cui affermazioni in tema di identità la Corte può – e per quanto si è detto, *deve* – fidarsi.

Abstract. L'articolo discute la questione di chi sia competente a determinare il contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE: la Corte di Giustizia ovvero le Corti costituzionali nazionali. In linea di principio, spetta alle Corti nazionali definire il contenuto dell'identità del proprio ordinamento, nel quadro dell'interpretazione dell'art. 4, par. 2, TUE resa dalla Corte di Giustizia. L'analisi della prassi, tuttavia, rivela la riluttanza delle Corti costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, temendo di essere smentite dalla Corte di Giustizia. Tale approccio della Corte di Giustizia è dovuto, si sostiene, al fatto che, nella maggior parte dei casi in cui è investita di questioni identitarie, ciò non avviene su rinvio della Corte costituzionale dello Stato interessato, spingendo la Corte GUE a un sindacato delle qualificazioni in tema di identità prospettatele. Si sostiene allora la necessità di un riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità, valutando la possibilità di introdurre un «rinvio pregiudiziale al contrario» e di estendere all'ambito identitario le dottrine elaborate in tema di doppia pregiudizialità.

Abstract. The article discusses the question of the institutional subject competent to determine the content of national identity under Article 4(2) TEU: the Court of Justice or the national constitutional Courts. In principle, it is up to the national Courts to define the content of the identity of their own Constitution within the framework of the Court of Justice's interpretation of Art. 4(2) TEU. By reviewing the concrete practice, it is shown that constitutional Courts are reluctant to refer questions in matters of identity, fearing that they will be second-guessed by the Court of Justice. This approach of the Court of Justice is due, it is argued, to the fact that most cases where national identity comes to the fore are not referred by the Constitutional Court of the State concerned, thus prompting the CJEU to second-guess the referring judge in its qualification of national identity. Therefore a re-

centralisation of the constitutional dialogue on identity issues is needed. In this regard, both the possibility of introducing a «reverse preliminary reference», and of extending the doctrines developed on the subject of dual preliminarity to matters of national identity are considered.

Parole chiave. Identità nazionale – identità costituzionale – dialogo tra le Corti – diffusione dei sistemi di giustizia costituzionale – riaccentramento dei sistemi di giustizia costituzionale.

Key words. National identity – constitutional identity – constitutional dialogue – decentralisation of constitutional justice systems – recentralisation of constitutional justice systems.

Issn 2421-0528

IL RUOLO DEL PATRIMONIO CULTURALE NEL TORTUOSO PERCORSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA*

di Laura Starace**

Sommario. 1. Rilievi preliminari: patrimonio culturale e identità nazionale. – 2. Il patrimonio culturale come motore dell'integrazione politica europea. – 2.1. Patrimonio di importanza europea e culture degli Stati membri. – 3. Note conclusive.

1. Rilievi preliminari: patrimonio culturale e identità nazionale. Non vi è dubbio che tra patrimonio culturale ed identità del gruppo sociale cui tale patrimonio appartiene esista un legame profondo. Ciò emerge con particolare evidenza se si guarda al processo di edificazione e consolidamento dell'identità di una comunità politica, ed al ruolo giocato – in questo contesto – dai beni culturali e paesaggistici.

A ben vedere, si è osservato, paesaggio, patrimonio storico-artistico e Nazione, sono «termini che si richiamano e si integrano reciprocamente»[1], che acquistano significato l'uno in relazione all'altro[2].

L'identità di una Nazione, invero, «si forma a partire dal complesso delle sue esperienze»[3], e di tali esperienze il patrimonio culturale è plastica rappresentazione: esso costituisce propriamente espressione tangibile della storia di un popolo, della sua spiritualità e delle sue tradizioni, dell'arte e delle tecniche esercitate, delle interazioni realizzatesi con il territorio. In altri termini, il patrimonio è estrinsecazione di una memoria comune, di una cultura condivisa, che a sua volta costituisce determinante fattore di coesione, identificazione collettiva e integrazione politica. Secondo autorevole dottrina[4], la cultura può persino considerarsi elemento costitutivo dello Stato moderno, aggiungendosi ai tre elementi tradizionali: popolazione, territorio, sovranità.

Il patrimonio culturale, d'altro canto, è tale proprio in ragione della relazione che lo lega alla comunità di riferimento. Non è un caso che ancora oggi goda di tanta fortuna la definizione elaborata dalla c.d. Commissione Franceschini che, per prima, ha ricollegato la nozione ad

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione – Università di Bari Aldo Moro.

[1] A. D'Aloia, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale,* in *Passaggi Costituzionali*, 2, 2022, 28. Nello stesso senso, Id. (voce), *Generazioni future (diritto costituzionale),* in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 355.

[2] Significativo, a tal proposito, che il costituente abbia scelto di utilizzare la parola «Nazione» nell'ambito dell'art. 9, c. 2 Cost., a norma del quale la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico» appartenenti, per l'appunto, alla «Nazione». Termine complesso e polisemico, in tale contesto è impiegato nell'accezione di Stato-comunità. Cfr. F. Merusi, *Art.* 9, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione "Principi fondamentali (Art. 1-12)",* Bologna - Roma, 1975, 446; G.F. Ferrari (voce), *Nazione*, in *Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1990, XX, 5.

[3] A. D'Aloia, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, cit., 28.

[4] Si allude, in particolare, al pensiero di Peter Häberle. Sul punto, si veda, ad esempio, P. Häberle, *La Constitución como cultura*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 6, 2002, 196.

una qualificazione in termini di «testimonianza materiale avente valore di civiltà»[5]. Formulazione, questa, fondata sul presupposto che a caratterizzare il bene culturale, ancor più che il pregio artistico, sia il suo valore identitario[6]: il suo essere rappresentativo di «modi di pensare sentire e vivere dei gruppi sociali nel tempo e nello spazio»[7], prodotto di un determinato «contesto storico e della sua civiltà, anche nelle sue manifestazioni marginali e minoritarie»[8].

Ma il patrimonio culturale non è solo privilegiato «veicolo di rappresentazione»[9] del passato di un popolo. Ad esso va riconosciuto un ruolo di primo piano anche con riferimento alla definizione dell'identità culturale futura della comunità civile[10]. Ne costituisce testimonianza, nell'ambito dell'ordinamento italiano, la stessa formulazione dell'art. 9 Cost., tra i più lungimiranti della Carta fondamentale.

Dalla lettura congiunta dei primi due commi dell'articolo, si desume infatti che beni culturali e paesaggio debbano considerarsi strumento ai fini del progresso culturale del singolo e della comunità nel suo complesso[11]. La tutela delle testimonianze culturali esistenti, prevista dall'art. 9, c. 2 Cost., è infatti presupposto e tramite per l'esercizio della funzione promozionale di cultura e ricerca di cui al primo comma. Tanto perché ogni bene è certamente testimonianza di un processo culturale compiuto ma, se messo nelle condizioni di esprimere il suo «valore culturale», è altresì mezzo idoneo ad innescarne di nuovi.

Come se si trattasse del patrimonio genetico di una società[12], il patrimonio culturale è al

---

[5] Il riferimento è alla dichiarazione I della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, c.d. Commissione Franceschini: «Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà». Si veda, in proposito, la *Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1966, 199 ss.

[6] L'espressione impiegata dalla Commissione Franceschini si rinviene anche nell'attuale definizione di bene culturale, dettata dall'art. 2, c. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. n. 42/2004), a norma del quale «sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà». Come emerge dalla definizione fornita dall'art. 134 del Codice medesimo, il valore identitario resta altresì elemento distintivo del paesaggio, il quale è «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni». Come chiarito dal secondo comma, la tutela accordata dal Codice riguarda proprio quegli aspetti e caratteri del paesaggio «che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali».

[7] Così M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1976, 6.

[8] V. M.A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza,* in *Rivista AIC*, 4, 2020, 374. Cfr., altresì, Id., *La società del "bellessere" e il suo sistema,* in *Rivista AIC*, 3, 2022, 16. A parere dell'A. i beni culturali sono «'ornamenta', cioè cose belle, ma anche 'monumenta', cioè segni e simboli di valore storico, civile, politico», e – in ragione di tale densità di significati – «elemento portante della cittadinanza e dell'identità», come pare confermare il riferimento alla «Nazione» nell'ambito dell'art. 9, c. 2 Cost.

[9] A. D'Aloia, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale,* cit., 28.

[10] Sul tema, cfr. F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura,* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 5, 2016, 507.

[11] Sul punto, si vedano, *ex multis*: M. Betzu, *Articolo 9*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008, 79-80; M. Cecchetti, *Art. 9,* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 221.

[12] Cfr. S. Cavaliere, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018, 1. L'A., in particolare, già nelle considerazioni introduttive allo scritto, definisce il patrimonio culturale come «'DNA' della società». Tale peculiare valore identitario è da annoverarsi tra le ragioni che più incidono sullo stato di grave pericolo in cui il patrimonio culturale versa in caso di guerra. La constatazione dei danni subiti dal patrimonio storico-artistico e dei rischi a cui esso è esposto in occasione dei conflitti, ha reso evidente la necessità di condurre un'azione di tutela a livello internazionale. Degna di nota, a tal proposito, la Convenzione

contempo rappresentazione statica e durevole di ciò che si tramanda da secoli e fattore capace di condizionare e determinare alcuni caratteri fondamentali della società, che potranno manifestarsi anche in un futuro lontano; documenta le comuni radici di un gruppo ed al contempo si dimostra sempre generativo e capace di dare forma al divenire dell'identità culturale[13]. D'altronde, la conoscenza e lo studio delle testimonianze del passato da sempre nella storia sollecitano rielaborazioni, che condividono con gli elementi di partenza solo alcuni aspetti – spesso marginali – e che pure in essi trovano una indispensabile condizione di esistenza[14].

È per questo che risulta così importante la salvaguardia delle testimonianze aventi valore di civiltà: per impiegare le parole della Corte costituzionale, la cultura «non può essere protetta separatamente dal bene culturale»[15].

Per le stesse ragioni, poi, una tutela meramente conservativa si rivela insufficiente, dovendo i pubblici poteri, al contrario, «nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura», incaricarsi altresì della valorizzazione del patrimonio e di garantirne la più ampia fruizione[16]. La «funzione culturale» del bene, invero, non può che esplicarsi nel rapporto con chi ne fruisce, mediante «la percezione e l'apprendimento dei valori da ess[o] custoditi»[17].

Dunque, affinché il dettato dell'art. 9 Cost. possa trovare attuazione, come efficacemente affermato dal legislatore all'art. 1 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la Repubblica deve provvedere sia alla tutela che alla valorizzazione del patrimonio culturale, le quali

---

dell'Aja del 1954, primo trattato multilaterale interamente dedicato alla protezione del patrimonio culturale nel caso di conflitti armati. Essa ha, peraltro, il merito di aver impiegato l'inedita denominazione di «bene culturale», poi mutuata nell'ordinamento nazionale.

[13] In questo processo generativo, un ruolo fondamentale è giocato anche dalla contaminazione tra diverse culture: l'arte, si è detto, si costruisce con la comunicazione e a sua volta facilita la comunicazione. Cfr. P. Häberle, M. Kotzur, *El arte, la cultura y su público en tiempos de pandemia*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 37, 2022, 335.

[14] Il patrimonio culturale esistente pertanto è fattore di «ricchezza futura, poiché la sua conoscenza non si esaurisce in un mero godimento estetico attuale, ma incentiva e orienta alla creazione di nuova cultura, di nuova arte, e dunque di nuovo patrimonio, materiale e immateriale». Così F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura,* op. cit., 507. Sul punto, v. anche S. Settis, *Audizione VII Commissione Senato 13 giugno 2019*, secondo cui «preservare e incrementare sono due facce della stessa medaglia». Certamente allora salvaguardia e studio del patrimonio esistente potranno dare impulso al suo incremento, ma la conoscenza dei beni culturali pare altresì concorrere, più in generale, al pieno sviluppo della persona umana (incidendo ad esempio su qualità della vita ed inclusione sociale) e di conseguenza al progresso spirituale dell'intera società. Quest'ultimo aspetto viene evidenziato a più riprese nell'ambito della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società (c.d. Convenzione di Faro), di cui si parlerà più diffusamente *infra*. Già nel preambolo si rimarca «il valore ed il potenziale di un'eredità culturale usata saggiamente come risorsa per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita». Anche tra gli obiettivi della Convenzione emerge quello di «sottolineare che la conservazione dell'eredità culturale, ed il suo uso sostenibile, hanno come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità della vita» (art. 1, lett. *c*)).

[15] Così Corte cost., sent. n. 118/1990.

[16] *Ibidem*. Sul tema si vedano: S. Cavaliere, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018, 17; G. Pitruzzella, *La nozione di bene culturale (artt. 1, 2, 3 e 4 d.lg. 490/1999)*, in *Aedon. Rivista di diritto e arti online*, 2000. Il testo dell'art. 6 del Codice dei beni culturali e del paesaggio evidenzia la sussistenza di una relazione mezzo-fine tra valorizzazione (consistente «nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili») e promozione dello sviluppo della cultura.

[17] P.G. Ferri (voce), *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 223. Sul punto, cfr.: M.A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza,* op. cit., 371; A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo",* in *Federalismi.it*, 4, 2022, 741, secondo la quale «l'accesso del pubblico ai beni tutelati rappresenta […] il necessario complemento del momento conservativo, solo così potendosi realizzare appieno la loro capacità di essere strumenti di riflessione e di conoscenza».

concorrono «a [preservare la memoria] della comunità nazionale e del suo territorio» e, contestualmente, «[a promuovere] lo sviluppo della cultura».
Salvaguardia e valorizzazione del patrimonio culturale, in definitiva, sembrano rappresentare presupposti indispensabili non soltanto nell'ottica di un consolidamento dell'*idem sentire* della comunità nazionale, ma anche ai fini della costruzione della sua identità culturale del presente e del futuro, in un processo creativo continuo[18].

2. Il patrimonio culturale come motore dell'integrazione politica europea. Partendo da queste premesse, pare necessario domandarsi se e in che termini il patrimonio culturale possa contribuire alla costruzione ed al rafforzamento di un'identità diversa da quella nazionale, che anzi ambisce ad affermarsi travalicando i confini degli Stati del Vecchio Continente: quella dell'Europa unita. È opportuno interrogarsi cioè sulla possibilità di replicare il ragionamento condotto con riferimento alle identità culturali nazionali, riferendolo – con le dovute distinzioni – all'Unione europea. La risposta dovrà tener conto delle peculiarità di tale organismo sovranazionale, che pur non potendo essere senz'altro incasellato nella tradizionale categoria di Stato, ambisce a realizzare un'integrazione politica tra i Paesi membri.

Nel corso del lungo processo di integrazione europea, il patrimonio culturale ha raccolto su di sé un'attenzione crescente. Abbandonata invero la «asfittica dimensione» di un'integrazione esclusivamente economica, nella diversa prospettiva e nell'aspirazione ad un'unione politica, al fattore culturale è stata riconosciuta rilevanza determinante[19], in quanto strumento di promozione di coesione sociale e senso di appartenenza, oltre che di benessere per i cittadini.
D'altra parte, affinché un'unione tra popoli si realizzi – mediante un'adesione convinta ad un progetto politico condiviso – non può che risultare indispensabile la promozione di una più profonda conoscenza e comprensione tra i cittadini e un'apertura reciproca delle diverse identità culturali, che nel territorio europeo sono molteplici, dovendosi considerare, oltre a quelle nazionali, anche numerose identità culturali regionali e finanche locali, di notevole rilievo. Allo stesso modo è lampante la necessità di valorizzare quelli che sono i numerosi e significativi tratti comuni alle differenti identità, frutto inevitabile di una storia europea attraversata da sistematiche relazioni tra i territori, di tipo economico, politico, religioso ed, appunto, culturale. La dialettica unità-molteplicità trova un suo riflesso nel patrimonio storico-artistico di cui l'Europa è ricca: patrimonio plurale, caratteristico di ogni Nazione, che eppure spesso lascia intravedere radici condivise, trasversali ai singoli Stati[20].
In questo contesto, la tutela e la valorizzazione dei beni culturali sembrano poter effettivamente accelerare il tortuoso processo di integrazione culturale europea, in cui da tempo pare avanzarsi a piccoli passi (e con qualche occasionale passo indietro), anche perché

[18] Sulla cultura come «linea di congiunzione tra memoria e proiezione nel futuro», v. M.A. Cabiddu, *La società del "bellessere" e il suo sistema,* op. cit., 24 ss., secondo cui «la lungimirante intuizione dei Costituenti di riunire in un unico articolo, collocato fra i principi fondamentali, la promozione dello sviluppo culturale e della ricerca scientifica e tecnica e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione ci dice non solo del rango da essi assegnato a beni e interessi con ciò posti a fondamento dell'identità nazionale ma anche della loro consapevolezza circa lo stretto legame tra memoria del passato e proiezione nel futuro di un Paese come l'Italia così ricco di storia, natura e cultura».
[19] Cfr. M. Fiorillo, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa Unita*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 2 ss. Sul punto, si veda altresì L. J. Sánchez-Mesa Martínez, *Reflexiones en torno a la evolución de la intervención comunitaria en el Derecho de la Cultura: el papel del Patrimonio Cultural en el proceso de integración y el correspondiente a las instituciones europeas en su salvaguardia*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 24, 2005, 72.
[20] Cfr. L. J. Sánchez-Mesa Martínez, *Reflexiones en torno a la evolución de la intervención comunitaria en el Derecho de la Cultura,* cit., 72.

«l'idea di una doppia appartenenza culturale, nazionale ed europea, ha difficoltà a farsi strada ed incontra delle resistenze poiché lascia temere una perdita di sovranità nazionale a profitto del modello comunitario»[21].
Sono immediatamente percepibili le potenzialità che il patrimonio può esprimere, quale fattore di unificazione di un gruppo e rafforzamento di identità collettive, e pare senz'altro auspicabile che esso possa funzionare da catalizzatore nel processo di integrazione europea. Nondimeno l'inscindibilità tra cultura e identità nazionale condiziona lo sviluppo delle politiche e la produzione normativa dell'Unione: i beni culturali restano pilastro delle singole identità, il che rende particolarmente faticoso per gli Stati membri, i quali notoriamente oscillano tra apertura all'Europa e cieca chiusura entro i propri confini, cedere sovranità in una materia tanto peculiare.

Quale risultato di questa perpetua tensione, nell'ordinamento europeo da un lato resta riservata ai singoli Paesi la competenza a determinare l'estensione del proprio patrimonio nazionale ed a dettarne la disciplina – l'art. 167 TFUE infatti esclude «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» – dall'altro si prevede che l'Unione, nel rispetto della ricchezza della sua diversità culturale e linguistica, vigili «sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo» (art. 3 TFUE). Inoltre, sono stati individuati, in particolare a partire dal Trattato di Maastricht, taluni compiti affidati all'Unione, che le consentono, in virtù del principio di sussidiarietà, di «sostenere, coordinare o completare» (art. 6 TUE) l'azione degli Stati in materia di cultura, intervenendo anche con riferimento al patrimonio culturale. L'Unione europea può pertanto realizzare «azioni culturali comuni, da intendere, però, come complementari e non antagoniste rispetto a quanto perseguito dagli Stati membri»[22].
La norma di riferimento è l'art. 167 del TFUE, che rivela tutta l'ambivalenza delle attuali politiche ed iniziative dell'Unione europea in materia di patrimonio culturale, a sua volta specchio dell'ambivalenza propria di un organismo sovranazionale *sui generis,* che si propone di promuovere un'«unione sempre più stretta tra i popoli», senza negare le identità nazionali[23].
Ai sensi dell'art. 167, primo comma, del TFUE «l'Unione contribuisce al pieno sviluppo [delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali], evidenziando nel contempo [il retaggio culturale comune]». A norma del secondo comma, interviene a supporto dell'azione degli Stati sia con riferimento al «miglioramento della conoscenza e della diffusione della [cultura] e della [storia dei popoli europei]», che alla «conservazione e [alla] salvaguardia del [patrimonio culturale di importanza europea]».
In aderenza ai principi sopra esposti, sembra possibile individuare negli interventi dell'Unione europea in materia di beni culturali due finalità o due linee direttrici: da un lato emerge l'aspirazione all'individuazione ed alla valorizzazione di un «patrimonio culturale d'importanza europea», che trascenda i patrimoni nazionali e sia espressione di un'identità collettiva; dall'altro, può rilevarsi l'intento di proteggere e sostenere peculiari forme identitarie, nazionali e financo locali, ed i beni che di esse sono manifestazione. La contraddittorietà tra i due obiettivi, come si cercherà di dimostrare, è solo apparente.

2.1. Patrimonio di importanza europea e culture degli Stati membri. Per quanto

[21] V. Reding, *Uno spazio culturale per una cittadinanza comune*, in *Economia della Cultura*, 1, 2000, 6.
[22] S. Cavaliere, *Iniziative culturali, imprese e concorrenza,* in *Amministrazione in Cammino*, 2021, 9.
[23] Tra gli obiettivi principali perseguiti dall'Unione europea, come emerge dal preambolo del Trattato sull'Unione europea, vi è quello di «portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà», oltre che quello di «intensificare la solidarietà tra i […] popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni».

concerne la prima finalità perseguita, pare innanzitutto opportuno chiarire cosa debba intendersi per «patrimonio culturale d'importanza europea». La locuzione, evidentemente connessa a quella di «retaggio culturale comune», anch'essa impiegata nel testo dell'art. 167 TFUE, trova il suo antecedente nel concetto di «patrimonio culturale comune» già presente nella Convenzione culturale europea, sottoscritta il 19 dicembre 1954, nonché nella risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 1979, sul programma d'azione comunitaria nel settore culturale[24]. Il patrimonio d'interesse europeo sembra aver trovato poi compiuta definizione nella Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società (la c.d. Convenzione di Faro)[25] adottata il 27 ottobre 2005, sottoscritta dall'Italia nel 2013, e successivamente ratificata con l.n. 133/2020. Ai sensi dell'art. 3, il «patrimonio comune dell'Europa» consiste in «tutte le forme di patrimonio culturale in Europa che costituiscono nel loro insieme una fonte condivisa di ricordo, di comprensione, di identità, di coesione e creatività». Stando alla Convenzione, vi rientrerebbero poi anche «gli ideali, i principi e i valori, derivati dall'esperienza ottenuta grazie al progresso e nei conflitti passati, che promuovano lo sviluppo di una società pacifica e stabile, fondata sul rispetto per i diritti dell'uomo, la democrazia e lo Stato di diritto» (art. 3, lett. *b)*).

Come si è anticipato, il riferimento ad un patrimonio comune pare «un coraggioso tentativo di superare l'idea di patrimonio culturale di esclusivo interesse nazionale», in nome di una memoria collettiva[26]. L'art. 167 TFUE sembra cioè aprire alla possibilità di attribuire rilevanza autonoma ad espressioni culturali che siano diretta manifestazione della storia, dei valori e di una identità specificamente europea, da tutelare e valorizzare al fine di rafforzare il senso di appartenenza all'Unione e promuovere il dialogo interculturale.

Particolarmente rappresentativo della finalità in discorso è il c.d. Marchio del patrimonio europeo, riconoscimento nato da un'iniziativa intergovernativa e diventato oggetto di una azione dell'Unione con la decisione n. 1194/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011[27].

Tale decisione stabilisce che «i siti candidati per il marchio [debbano] avere un valore europeo simbolico e […] rivestire un ruolo importante nella storia e nella cultura d'Europa e/o nella costruzione dell'Unione europea. Essi devono dimostrare pertanto di possedere una o più

---

[24] Ne dà conto M. Fiorillo, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa Unita*, cit., 4.

[25] Sebbene non faccia parte del diritto dell'Unione europea, pare opportuno tenere in debita considerazione la Convenzione di Faro nell'esaminare le iniziative comunitarie in materia di patrimonio culturale. Il Consiglio d'Europa, del resto, è un importante *partner* internazionale dell'Unione nel settore: sono numerose le iniziative realizzate in collaborazione tra UE e Consiglio d'Europa, si pensi alle Giornate europee del patrimonio. La Commissione Europea ha peraltro sottoscritto con il Consiglio d'Europa l'accordo "*The Faro Way*", proprio ai fini della promozione congiunta dei principi della Convenzione di Faro. Sulla Convenzione, con particolare riferimento alle innovazioni ed alle criticità conseguenti alla sua ratifica, si vedano, *ex multis*: P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 4, 2017, 1-29; V. Di Capua, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, 3, 2021, 162-171; A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?,* in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, 3, 2020, 272-280; G. Severini, P. Carpentieri, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi.it*, 8, 2021, 224-274.

[26] M. Fiorillo, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa Unita*, cit., 5.

[27] Come si evince dal sito internet marchiopatrimonio.cultura.gov.it, obiettivo dichiarato dell'azione è quello di «rafforzare il senso di appartenenza dei cittadini europei (soprattutto dei giovani) all'Unione Europea […] sviluppare la conoscenza della storia dell'Europa e della costruzione dell'Unione Europea, favorendo la consapevolezza del patrimonio culturale comune, seppure diverso, soprattutto in relazione ai valori democratici e ai diritti umani alla base del processo di integrazione europea». Altre finalità perseguite sono la promozione del dialogo interculturale e dello sviluppo economico sostenibile locale, mediante il turismo culturale.

delle seguenti caratteristiche: i) carattere transfrontaliero o paneuropeo: come la loro influenza e attrattiva passata e presente vadano oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro; ii) collocazione e ruolo nella storia e nell'integrazione europee e legame con eventi, personalità o movimenti chiave europei; iii) collocazione e ruolo nello sviluppo e nella promozione dei valori comuni che sono alla base dell'integrazione europea» (art. 7)[28].

Tutto ciò premesso, occorre precisare che la finalità di promozione di un «patrimonio culturale d'importanza europea» non è certamente idonea a giustificare l'imposizione del «monopolio di una cultura europea omogenea e uniforme per tutti»[29]: la valorizzazione del patrimonio comune – fondamentale ai fini di un'integrazione politica in ragione dei valori identitari espressi e del «contributo apportato dai siti selezionati alla storia e alla cultura europee, compresa la costruzione dell'Unione»[30] – deve pur sempre considerarsi complementare rispetto alle altre azioni perseguite a livello europeo, a supporto degli Stati nella tutela dei differenti patrimoni nazionali.

Del resto, facendo riferimento ancora una volta all'art. 167 TFUE, è evidente che l'impegno delle Istituzioni nell'evidenziare il retaggio culturale comune trovi il suo contraltare nel concomitante dovere di contribuire al pieno sviluppo ed alla diffusione delle culture – in un'accezione plurale – nel rispetto delle diversità nazionali e regionali.

Da sempre la salvaguardia e la promozione di espressioni culturali nazionali, regionali e persino locali costituisce componente imprescindibile delle azioni dell'Unione in materia di cultura. Il legislatore comunitario, d'altronde, mostra piena consapevolezza del fatto che «la ricchezza culturale dell'Europa [stia] esattamente nella varietà e molteplicità delle sue manifestazioni nei vari livelli territoriali che la compongono»[31]. La diversità, in altri termini, è connaturata all'identità comune: affinché quest'ultima possa essere conservata nel suo carattere composito, è necessario, nel processo di progressiva integrazione tra i popoli, evitare l'omologazione, dunque la scomparsa delle culture, specie di quelle minori, che dovranno essere protette e valorizzate.

Questa tendenza, che si estrinseca anche e soprattutto in azioni inerenti al patrimonio, ha trovato conferma nella Convenzione di Faro. L'art. 2 della Convenzione definisce il patrimonio culturale come «insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, costantemente in evoluzione». È manifesto che, nell'individuazione di ciò che deve considerarsi parte del patrimonio culturale, si intenda attribuire un ruolo di primo piano ai cittadini, quali soggetti attivi del processo, ed in particolare alle «comunità patrimoniali», gruppi che possono avere un'estensione territoriale più o meno ampia – sovranazionale, nazionale, regionale e soprattutto locale – «che attribuiscono valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che essi desiderano, nel quadro dell'azione pubblica, mantenere e trasmettere alle generazioni future» (art. 2, lett. *b)*). Stando alla Convenzione, in altri termini, deve qualificarsi come patrimonio culturale, e dunque essere protetto, ciò che è espressione dell'identità di un gruppo sociale, per quanto

[28] Il Marchio del patrimonio europeo è stato assegnato a quattro siti italiani: il Museo Casa De Gasperi di Pieve Tesino (Trento), premiato nell'ambito della selezione 2014, il Forte Cadine (Trento) selezionato nel 2017, l'Area archeologica di Ostia antica (Roma) selezionata nel 2019, e, da ultimo, l'isola di Ventotene, luogo in cui Altiero Spinelli e Ernesto Rossi, tra il 1941 e il 1944, scrissero *Per un'Europa libera e unita*, il c.d. Manifesto di Ventotene. Significativo che il «Marchio» sia stato riconosciuto per ben due volte a Ventotene: al momento della creazione dell'iniziativa intergovernativa e successivamente, nell'ambito della selezione 2021, quando le è stato assegnato dalla Commissione europea.

[29] M. Fiorillo, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa Unita*, cit., 8.

[30] Decisione n. 1194/2011/UE.

[31] *Ibidem.* L. J. Sánchez-Mesa Martínez, *Reflexiones en torno a la evolución de la intervención comunitaria en el Derecho de la Cultura*, cit., 92.

ristretto quest'ultimo possa essere.
Può sembrare paradossale che le Istituzioni dell'Unione si impegnino contestualmente nel valorizzare un patrimonio «d'importanza europea» ed un patrimonio il cui rilievo risieda semplicemente nel legame culturale con una specifica comunità locale. A ben vedere, però, le due politiche sono dirette al raggiungimento dei medesimi obiettivi di integrazione e coesione sociale: esse sembrano costituire due facce della stessa medaglia, da leggersi e da perseguirsi contestualmente, affinché l'una trovi chiarezza di significato nella relazione con altra.
Si è già detto che la finalità di promozione di un patrimonio che sia testimonianza del retaggio comune trova il suo limite nella necessità di salvaguardare la ricchezza culturale dell'Unione, consustanziale alla sua stessa identità.

Dall'altro lato, la scelta di promuovere una «cultura delle differenze» non è fine a se stessa, perché contribuisce innanzitutto – ed in modo determinante – all'individuazione degli «elementi di consonanza» che caratterizzano le diverse esperienze europee. Ma per la costruzione di un'identità europea sono altresì rilevanti le «distanze» tra le esperienze culturali[32]: sin dal preambolo del TUE si evidenzia come l'Unione europea si ispiri «*alle* eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i *valori universali* dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto»[33]. In quest'ottica, anche manifestazioni culturali particolari possono dirsi rappresentative dell'identità europea, perché portatrici «di valori che appartengono idealmente non solo alla comunità che li ha manifestati»[34].
Da ultimo, se è vero che i valori culturali dell'Unione si sviluppano a partire da eredità differenti e che il patrimonio storico, artistico e paesaggistico non è solo idoneo a dare testimonianza del passato, ma – come si è detto – è altresì capace di dare avvio a nuovi processi culturali, non può dubitarsi che anche la valorizzazione delle molteplici espressioni culturali locali possa contribuire alla definizione, in divenire, di un'identità europea comune. Ciò soprattutto laddove l'Unione non si limiti a «finanziare attività di salvaguardia, ma [incentivi] forme di conoscenza e di fruizione di tale patrimonio da parte di tutti i cittadini europei»[35], specie attraverso la promozione delle innovazioni tecnologiche[36] e della mobilità delle persone, dei giovani in particolare[37].

---

[32] Cfr. A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo",* op. cit., 733. V., altresì: P. Bilancia, *Diritto alla cultura. Un osservatorio sulla sostenibilità culturale*, in P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale*, Napoli, 2016, 7; L. J. Sánchez-Mesa Martínez, *Reflexiones en torno a la evolución de la intervención comunitaria en el Derecho de la Cultura*, cit., *passim.*
[33] Corsivi aggiunti.
[34] A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo",* cit., 733.
[35] *Ibidem*, 742.
[36] Le nuove tecnologie possono oggi fornire un supporto determinante nell'esercizio di taluni diritti fondamentali, ivi compreso il diritto di accedere al patrimonio ed alla cultura in generale. Sono evidenti le potenzialità in ambito europeo: la capacità degli strumenti digitali di annullare le distanze può senz'altro favorire la conoscenza del patrimonio degli altri Paesi, oltre che la «contaminazione» e il dialogo interculturale (rilevante, a tal proposito, la piattaforma Europeana, che consente di fruire di un vasto materiale digitale relativo al patrimonio culturale europeo). Ne deriva la necessità di intervenire, anche a livello europeo, sul c.d. *digital divide*, affinché le possibilità offerte dalle tecnologie non diventino paradossalmente motivo di esclusione e «diaframma ostativo alla […] piena realizzazione [dei diritti]». L'espressione è di R.G. Rodio, *Diritti fondamentali e tecnologie informatiche: i profili problematici dell'e-Government*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2, 2016, 261. Sul tema, si rinvia alla *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2022 sul divario digitale: le differenze sociali create dalla digitalizzazione.*
[37] Si pensi, ad esempio, al programma Erasmus, nato nel 1987 con l'obiettivo di rafforzare l'identità europea. Negli anni ha coinvolto più di 13 milioni di persone, promuovendo in modo efficace mobilità ed esperienze formative interculturali, tanto che, secondo Umberto Eco, al programma va attribuito il merito di aver «creato

In definitiva, il consolidamento di un'identità europea, funzionale ad un'effettiva integrazione politica, sembra dover prendere le mosse dall'apparente contraddizione unità-pluralità: dalla valorizzazione delle radici comuni, testimonianza di una storia condivisa in cui i cittadini possano immediatamente riconoscersi, e contestualmente dalla conoscenza delle differenze, dall'incontro e dal dialogo interculturale, che sollecitino – da parte dei cittadini stessi – rielaborazioni, creazione culturali nuove e propriamente europee.

3. Note conclusive. L'analisi delle misure intraprese dall'Unione consente di scorgere «le basi per un possibile sviluppo di una politica culturale condivisa e, a valle di questa, la possibilità di creare un'identità culturale (e, quindi, anche politica) sentita come comune da tutti i cittadini europei»[38] e da questi avvertita come valore aggiunto, non «in antagonismo col sentimento di appartenenza alle comunità nazionali, regionali o locali»[39]. L'identità europea, invero, non intende sostituire le altre «appartenenze», al contrario si sviluppa – attraverso i valori che ne costituiscono il nucleo – proprio a partire da queste ultime.

Pare inoltre opportuna, in conclusione, una precisazione: alla luce delle considerazioni sopra esposte, risulta evidente che il patrimonio culturale europeo oggetto dell'attenzione delle Istituzioni dell'Unione non consista in una mera sommatoria dei patrimoni nazionali. Invero, senza voler invadere la competenza degli Stati in materia, o derogare *in peius* alla tutela da questi accordata, l'Unione sembra compiere un passo ulteriore: essa aspira a valorizzare anche beni che, pur non rientrando nell'ambito di applicazione della normativa nazionale, siano «d'interesse europeo», perché diretta testimonianza della storia o dei valori dell'Unione, oppure perché – nelle loro peculiarità – comunque idonei a promuoverne la diffusione e l'affermazione.

Si pensi, ad esempio, all'ordinamento italiano: la nozione di bene culturale dettata dal legislatore ordinario soggiace ad uno «stretto regime di tipicità»[40], che non permette di ricomprendere nel novero dei beni tutelati quelli di esclusiva rilevanza regionale o locale, beni tenuti in debita considerazione, invece, – come si è illustrato – nell'ambito delle azioni dell'Unione europea.

A questi beni, ad ogni modo, sembra possibile attribuire un rilievo costituzionale: è la stessa Consulta ad ammettere che nell'ambito oggettivo dell'art. 9 Cost. – ciò a riprova della lungimiranza del suo testo – possano rientrare anche «beni non appartenenti alla categoria dei «beni culturali» così come individuata dal legislatore statale»[41], che presentino «sia pure

---

la prima generazione di giovani europei». La citazione è tratta dall'articolo di giornale di G. Riotta, *Eco: scommetto sui giovani nati dalla rivoluzione Erasmus* 26 gennaio 2012, in *La Stampa.*

[38] S. Cavaliere, *Iniziative culturali, imprese e concorrenza,* cit., 23.

[39] V. Reding, *Uno spazio culturale per una cittadinanza comune*, cit., 11.

[40] A. Bartolini (voce), *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, 2007, 97.

[41] M. Cecchetti, *Art. 9*, cit., 228. Sul punto, anche F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura,* cit., 519. Similmente, non rientrano nella definizione di cui all'art. 2, c. 2, d.lgs.n. 42/2004 e non sono pertanto soggetti alla disciplina codicistica, i beni culturali «immateriali» o «beni culturali-attività», così denominati perché la loro funzione identitaria si esprime in assenza di un relativo supporto fisico. Impiegando il termine «cose», il Codice evidentemente impone, nell'identificazione dei beni culturali, il requisito della materialità. Tale requisito, d'altronde, era già rinvenibile nella menzionata dichiarazione I della Commissione Franceschini, che parlava espressamente di «testimonianza *materiale* avente valore di civiltà». Nondimeno, il patrimonio culturale immateriale acquista rilievo a livello comunitario ed internazionale, come emerge ad esempio dalla lettura delle Convenzioni Unesco e della Convenzione di Faro. Non solo: se è vero, come si è detto, che resta escluso dal perimetro di applicazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio (a tal proposito, l'art. 7-*bis*, rubricato «Espressioni di identità culturale collettiva», chiarisce, coerentemente, che «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente

residualmente, un qualche interesse 'culturale' per una determinata comunità territoriale»[42]. In tale contesto, si riconosce la sussistenza di una potestà legislativa delle Regioni, da esercitarsi «non già in posizione antagonistica rispetto allo Stato, ma in funzione di una salvaguardia diversa ed aggiuntiva»[43].
Stando all'orientamento consolidato della Corte costituzionale, dunque, il testo della nostra Carta fondamentale autorizza l'impiego di una nozione di patrimonio culturale più ampia, comprensiva anche di esperienze tipicamente regionali, il che lascia sperare che, in materia, possa assistersi ad un impegno sinergico tra i diversi livelli di governo, compreso quello europeo.

Abstract. Tra l'identità di una Nazione ed il suo patrimonio storico, artistico e paesaggistico esiste un intimo legame. Il patrimonio culturale, invero, costituisce espressione della memoria collettiva di un popolo e, come testimoniato dalla formulazione dell'articolo 9 della nostra Costituzione, svolge altresì un ruolo di primo piano nella definizione dell'identità culturale futura della comunità civile. Partendo da queste premesse, si rifletterà sul ruolo che il patrimonio culturale può rivestire con riferimento alla costruzione ed al rafforzamento di un'identità diversa da quella nazionale, quella dell'Europa unita.
Ad essere approfonditi saranno le attuali politiche ed iniziative dell'Unione europea in materia di patrimonio culturale, le quali sembrano rispecchiare l'ambivalenza propria di un organismo sovranazionale che intende promuovere un'«unione sempre più stretta tra i popoli», senza negarne le identità nazionali.

Abstract. An intimate bond is found between the identity of a country and its cultural heritage. As a matter of fact, cultural heritage is an expression of the collective memory of a people and, as the wording of Italian Constitution's Article 9 makes clear, it also has a significant impact on the definition of a community's future cultural identity. Starting from these premises, the paper explores the role cultural heritage can play in the construction and strengthening of a different identity, the identity of the European union.
Current European policies and initiatives in cultural field seem to mirror the ambivalence of a supranational organization that intends to promote an "ever closer union among peoples", while preserving their national identities.

Parole chiave. Patrimonio culturale – culture – Unione europea – identità.

codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10»), tuttavia esso sembra poter rientrare nel più ampio ambito oggettivo dell'art. 9. In tema di patrimonio culturale immateriale, cfr: M. Cecchetti, *Art. 9*, cit., 226 ss.; A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)* (voce), cit., 110 ss.

[42] Così Corte cost., sent., n. 194/2013, considerato in diritto 7. La Corte costituzionale ha affermato che: «la circostanza, infatti, che una specifica cosa non venga 'classificata' dallo Stato come di 'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico', e dunque non venga considerata come 'bene culturale', non equivale ad escludere che essa possa, invece, presentare, sia pure residualmente, un qualche interesse 'culturale' per una determinata comunità territoriale: restando questo interesse ancorato, in ipotesi, a un patrimonio identitario inalienabile, di idealità e di esperienze e perfino di simboli, di quella singola e specifica comunità». V. altresì Corte cost., sent. n. 94/2003 e, a commento di tale pronuncia, *ex multis*, A. Poggi, *Verso una definizione aperta di "bene culturale"? (a proposito della sentenza n. 94/1993 della Corte Costituzionale)*, in *Aedon. Rivista di diritto e arti online*, 1, 2003.

[43] Corte Cost., 17 luglio 2013, n. 194, considerato in diritto 7. Sul punto, S. Cavaliere, *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2014, 6. Sul riparto di competenze in materia di beni culturali, v. anche M. Picchi, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della corte costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

Key words. Cultural heritage – cultures – European union – identity.

Issn 2421-0528

QUALE FUTURO PER UN'IDENTITÀ EUROPEA DEL PAESAGGIO?*

di Caterina Vosa**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La diversa tutela del paesaggio e dell'ambiente in Europa. – 3. La tutela del paesaggio in un'ottica comparata. – 4. Il paesaggio in Italia. – 5. Il carattere paradigmatico della sentenza del Consiglio di Stato n. 624/2022. – 6. Conclusioni.

1. Premessa. Paesaggio e ambiente sono due elementi, di descrizione di un ecosistema, distinti ma fortemente interconnessi, come si avrà modo di sottolineare nel corso di questo lavoro: il primo fortemente legato alla forma di un territorio, l'altro per sua natura incline ad assumere una dimensione globale o comunque ampia, con la conseguenza che la loro tutela non può in entrambi i casi esaurire la propria rilevanza all'interno di un singolo ordinamento giuridico statale ma va necessariamente inquadrato in una prospettiva di *multilevel governance*[1].
Questa considerazione fa emergere, immediatamente, le differenze che esistono tra le normative dei diversi paesi che compongono l'Unione ed alle quali si aggiunge la posizione di quest'ultima, ulteriore ed autonoma, rispetto a quella degli Stati membri. In particolare, come si analizzerà nel presente lavoro, l'Italia, non a caso definita il «Bel Paese», ha una tradizione, in materia di tutela del paesaggio e di beni culturali, risalente rispetto a quella di altri paesi europei e della stessa Unione[2] mentre presenta una sensibilità più recente nei confronti dell'ambiente. Infatti, la tutela di quest'ultimo è stata espressamente prevista nella Costituzione italiana solo nel 2001, con un riferimento marginale, e solo nel 2022 in modo più esplicito con la modifica dell'art. 9 Cost.
Per questo motivo si deve analizzare la questione del bilanciamento tra le due tutele partendo dalla dimensione europea, con particolare riferimento alla disciplina sia dell'Unione che del Consiglio d'Europa in materia di paesaggio e di ambiente, con uno sguardo comparato ad altri paesi europei e concludendo con la verifica di come in Italia l'equilibrio tra questi due termini si sia andato modificando nel corso del tempo.

2. La diversa tutela del paesaggio e dell'ambiente in Europa. Al fine di procedere ad

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano e europeo – Università di Napoli Parthenope.

[1] La definizione di multilevel governance viene utilizzata per indicare la complessa armonizzazione dei diversi livelli di governo e precisamente quelli che interessano il livello sovranazionale, il livello nazionale ed il livello sub-nazionale dei diversi Stati membri. Al fine di poter comprendere al meglio cosa si intende per *multilevel governance* e per un focus sull'integrazione europea si veda P. Bilancia, *Il modello Europeo di Multilevel Governance*, Giappichelli, 2015; P. Bilancia, *Perché una governance europea,* in *Astrid.it* , 5, 2009.

[2]Per un quadro chiaro e complessivo circa la posizione dell'Unione europea nei confronti della tutela del patrimonio culturali si veda A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale europeo,* in *il Costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia,* in *Federalismi.it*, 4, 2 febbraio 2022, che approfondisce l'*iter* intrapreso dall'Unione europea che, dopo una prima posizione di indifferenza nei confronti del patrimonio culturale dei singoli paesi si è occupata, dall'inizio degli anni '90, della tutela del patrimonio culturale in generale bypassando l'idea della creazione di un patrimonio culturale europeo ma focalizzandosi sulle modalità con cui l'UE può coadiuvare gli Stati, in via sussidiaria, nel raggiugere gli obiettivi che si erano posti.

una, seppur breve, completa analisi, pare opportuno prendere le mosse dal quadro normativo sovranazionale europeo ed evidenziare come nei Trattati dell'UE molteplici sono le disposizioni a favore della tutela dell'ambiente mentre mancano analoghe disposizioni inerenti la tutela del paesaggio, inteso come specchio di una cultura meritevole di tutela.
L'art, 2 del TUE promuove, tra i valori comuni degli Stati Membri, la tutela ed il miglioramento dell'ambiente al pari di quanto previsto dal TFUE, e con riferimento al riparto di competenza tra UE e Stati membri, individua solo l'ambiente tra le materie di competenza concorrente e non menziona la tutela del paesaggio. Lo stesso vale per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 37).
In ambito internazionale, invece, la tutela del paesaggio ha costituito oggetto di attenzione da parte del Consiglio d'Europa sin dal XX secolo, anche se solo nel 2000 quest'ultimo ha approvato la sua prima convenzione in materia. La Convenzione europea del paesaggio è stata infatti firmata a Firenze nel 2000 con l'obiettivo di promuovere la protezione, la gestione e la pianificazione sostenibile del paesaggio a livello Europeo, mediante la cooperazione internazionale e l'applicazione di politiche strategiche, e ciò in forza della funzione fondamentale dello stesso sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale[3].
Invero la Convenzione, in vigore dal 1° marzo 2004, pur non essendo stata ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio Europeo[4], ha accordato al «paesaggio» rilevanza giuridica autonoma e lo ha definito come «parte di territorio così come concepito dalle popolazioni» e «fondamento delle identità» delle comunità stesse. Il paesaggio viene considerato dalla Convenzione europea del Paesaggio come una combinazione di elementi naturali, culturali e

[3] Si legge in P. Bilancia, *Riflessioni sul principio costituzionale di tutela de paesaggio nell'ordinamento Italiano,* in *Passaggi Costituzionali*, 2, 2022: «Gli esiti del dibattito e dell'evoluzione sociale in questione sono stati recepiti da ultimo, significativamente, nella Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, il 20 ottobre 2000, che definisce il paesaggio come una 'determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni', a testimonianza di come tutti gli ordinamenti costituzionali europei abbiano seguito, in parallelo, un percorso simile a quello italiano. La Convenzione afferma in questo senso, nel suo preambolo, che il paesaggio svolge importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale e costituisce una risorsa favorevole all'attività economica, e che, se salvaguardato, gestito e pianificato in modo adeguato, può contribuire alla creazione di posti di lavoro» e che gli Stati firmatari sono «Consapevoli del fatto che il paesaggio coopera all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e al consolidamento dell'identità europea; Riconoscendo che il paesaggio è in ogni luogo un elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana; Osservando che le evoluzioni delle tecniche di produzione agricola, forestale, industriale e pianificazione mineraria e delle prassi in materia di pianificazione territoriale, urbanistica, trasporti, reti, turismo e svaghi e, più generalmente, i cambiamenti economici mondiali continuano, in molti casi, ad accelerare le trasformazioni; Persuasi che il paesaggio rappresenta un elemento chiave del benessere individuale e sociale, e che la sua salvaguardia, la sua gestione e la sua pianificazione comportano diritti e responsabilità per ciascun individuo». Si può quindi affermare che il punto di approdo del processo evolutivo che l'esegesi del principio di tutela del paesaggio ha conosciuto è la presa di coscienza del rapporto «simbiotico» tra umanità e natura, e dunque del fatto che la corretta lettura del concetto di «paesaggio» attraverso le lenti del principio personalista di cui all'art. 2 Cost. non è quella di una natura servente rispetto alla persona, ma quella della natura come elemento necessario e imprescindibile per la tutela e lo sviluppo della persona umana, che deve essere protetto non già (o non solo) per essere tramandato 'intatto' alle generazioni future? bensì per garantire un corretto e pieno svolgimento delle attività umane».
[4] A differenza dei Trattati Europei, che si occupano unicamente della tutela dell'ambiente e che, come noto, sono fonti direttamente applicabili negli Stati membri dell'Unione europea, la Convenzione europea del Paesaggio è un accordo internazionale che non vincola tutti gli Stati membri ma solo quelli che vi hanno aderito. Ad oggi vi hanno aderito 40 Stati del Consiglio d'Europa mentre, vi hanno aderito, solo diciotto Stati membri dell'Unione europea. L'Italia ha ratificato la Convenzione già nel 2006.

ambientali che interagiscono tra loro e la cui gestione sostenibile richiede un bilanciamento con la tutela dell'ambiente, con la conservazione delle risorse naturali, che nonostante siano elementi indispensabili per garantire anche la tutela del paesaggio, sono distinti ed autonomi dallo stesso.
Si tratta di una concezione fortemente culturale – identitaria, diversa da quella delle legislazioni nazionali, come ad esempio l'Italia, che collegano il paesaggio unicamente alla tutela delle bellezze naturali, dell'urbanistica e del patrimonio culturale.
L'attenzione del Consiglio d'Europa per l'aspetto culturale-identitario del paesaggio è confermata anche dalla Convenzione per il Patrimonio Culturale firmata a Faro del 2005 (*Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società*), che ha riconosciuto il patrimonio culturale quale elemento funzionale allo sviluppo dell'umanità, ed ha sottolineato pertanto l'importanza della tutela del paesaggio essendo lo stesso un elemento funzionale alla protezione del patrimonio culturale.
Trattandosi di una Convenzione, la stessa, non trova diretta applicazione in tutti gli Stati firmatari ma solo per gli Stati che l'hanno anche ratificata[5].
Queste due convenzioni stanno assumendo in Italia, soprattutto in ambito giurisprudenziale, una crescente rilevanza anche per la parte che qui interessa nella definizione del rapporto tra paesaggio e ambiente. Non presenta rilevanza, invece, a livello di Unione, dal momento che in assenza di una previsione all'interno del Trattati, e dunque di un apparato regolatorio comune[6], la Corte di giustizia ha escluso dalla propria competenza la materia del paesaggio dichiarandola materia di interesse nazionale.
In diverse occasioni la Corte ha, infatti, affermato che né le disposizioni dei Trattati TUE e TFUE, né la normativa relativa alla Convezione di Aarhus, né la Direttiva 2003/4 e 2011/92 impongono agli Stati membri specifici obblighi circa la tutela del paesaggio essendo la stessa una materia di interesse nazionale (*ex multis*, CGUE, Sez. X, 6 marzo 2014, C-458/12).
In sintesi, mentre esiste una dimensione europea dell'ambiente e ciò in quanto la tutela dell'ambiente costituisce a livello Europeo una materia di interesse sovranazionale meritevole di un coordinamento tra i diversi Stati membri, la tutela del paesaggio è una materia nazionale essendo lo stesso un elemento culturale identitario dei singoli paesi membri e pertanto manca una vera e propria dimensione europea del paesaggio.
Per tale motivo non può sussistere un conflitto tra la tutela ambientale e la tutela paesaggistica, di pari grado, ma nelle scelte del legislatore europeo, si ravvisa un netto *favor* nei confronti della tutela ambientale a discapito della tutela del paesaggio.
D'altronde, come è noto, quando il conflitto è fra diritti disciplinati da una medesima fonte o tra principi fondamentali il bilanciamento deve essere compiuto dai giudici costituzionali, di volta in volta, sia attuando un bilanciamento che si concretizza nel sacrificare un principio a discapito dell'altro e sia mediante un'armonica convivenza di principi o diritti in conflitto.
Tuttavia, nel momento in cui la tutela di un principio non è disciplinata da fonti statali del medesimo rango e né da Trattati Europei ci si chiede come sia attuabile un bilanciamento tra due interessi disciplinati in maniera del tutto dispari.
Il bilanciamento tra la tutela del paesaggio e dell'ambiente, a livello europeo, dovrebbe essere un obiettivo anche dei Trattati in quanto porterebbe all'instaurazione di una politica idonea

[5] L'Italia ha ratificato la Convenzione il 23 settembre del 2020, ampliando il novero del c.d. *cultural heritage*[5] tanto che negli ultimi anni la giurisprudenza, e precisamente quella del Consiglio di Stato come si vedrà *infra*, ne ha sottolineato l'importanza in quanto grazie alla Convenzione si chiarisce, per la prima volta, in maniera inequivocabile la distinzione nonché le connessioni tra la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente.
[6] Si consideri che, come anticipato, mancano delle fonti, direttamente applicabili agli Stati membri, volte a coordinare la tutela del paesaggio e ciò perché nei Trattati dell'UE non sono stati recepiti i principi della Convenzione del Paesaggio del Consiglio d'Europa.

a preservare la bellezza naturale e la diversità degli ecosistemi del continente garantendo, al contempo, uno sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente e l'identità culturali dei popoli.
Basti pensare che l'Unione europea ha provato ad attuare diverse iniziative atte a promuovere il bilanciamento tra paesaggio e ambiente; tuttavia, si tratta di iniziative ancora in alto mare e ciò in quanto l'attività dell'UE si è focalizzata principalmente sulla tutela dell'ambiente.
Ad esempio, la Direttiva n. 92/42/CEE (c.d. *Direttiva Habitat*), che mirava a conservare gli habitat naturali, la fauna e la flora selvatica, identificando delle zone di conservazione speciale (SAC) e delle zone di protezione speciale (SPA) costituenti la c.d. *rete Natura 2000*, un'importante rete di aree protette in Europa, è una direttiva a favore unicamente dell'ambiente.
Oltre alla Direttiva *Habitat*, si può citare la politica agricola dell'UE avente ad oggetto la promozione di una agricoltura sostenibile nonché la gestione delle terre agricole al fine di preservare gli ecosistemi rurali e promuovere la biodiversità, anche in questo caso, non interessa in alcun modo la tutela del paesaggio.
Anche con riferimento alla politica dell'UE avente come obiettivo il raggiungimento di una neutralità climatica entro il 2050 e la definizione di un piano di azione per l'economia circolare, tendente alla riduzione dell'impatto ambientale ed alla promozione dell'uso sostenibile delle risorse ambientali, si rileva che si tratta di iniziative che, incoraggiando la transizione verso un'economia verde, si concentrano principalmente sull'elemento ambiente e pertanto non contribuiscono ad ottenere un bilanciamento tra il paesaggio e l'ambiente.
L'esigenza del bilanciamento tra ambiente e paesaggio si avverte ancor di più in un momento, quale quello attuale che, essendo caratterizzato dalla crisi climatica, vede l'adozione repentina di iniziative politiche e legislative volte alla tutela dell'ambiente.
A livello europeo l'interesse preminente di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni, dovrebbe essere contemperato e dovrebbe tener conto, come previsto dalla nostra legislazione nazionale, dell'esigenza di tutelare sempre nell'interesse delle generazioni future il paesaggio.
Pertanto, in assenza di un conflitto che può essere considerato funzionale alla regolazione ed al bilanciamento dei diversi interessi, si rischia che vi possa essere una netta discriminazione nei confronti della tutela del paesaggio a favore della tutela dell'ambiente.
Sarebbe necessario, pertanto, che l'Unione europea attuasse delle politiche atte a garantire il contemperamento della tutela del paesaggio e della tutela dell'ambiente, mediante l'introduzione di fonti vincolanti che garantiscano il coordinamento ed il coinvolgimento attivo della Comunità europea, dei singoli Stati membri, delle comunità locali, delle autorità pubbliche e delle organizzazioni non governative.
La partecipazione pubblica e la sensibilizzazione nei confronti dei singoli Stati membri sono politiche fondamentali per garantire che le decisioni, adottate a livello Europeo, siano idonee a coordinare le politiche pubbliche nel rispetto della diversità culturale e ambientale dell'Europa e siano in linea con gli interessi delle persone che vivono e lavorano nel territorio.

3. La tutela del paesaggio in un'ottica comparata. Procedendo ad un'analisi[7] dei diversi ordinamenti nazionali dell'Unione europea, oltre all'Italia che ha dedicato l'art. 9 Cost., facente parte dei principi fondamentali, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente, in Europa

[7] L'analisi di come i diversi paesi europei tutelino il paesaggio si è basata sul testo di G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio bel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati ed Europei,* in *Federalismi.it*, 8, 2019 che a sua volta richiama G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. I, Padova, 2016; R. Orrù, G. Parodi (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. II, Padova, 2016; M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Padova, 2013.

Issn 2421-0528

vi sono Costituzioni di alcuni paesi che prevedono la tutela del paesaggio e dell'ambiente in disposizioni costituzionali, ma non in norme facenti parte del nucleo dei principi fondamentali delle Costituzioni (è questo il caso della Svizzera, Germania, Portogallo, Malta); vi sono poi Costituzioni che non contemplano a livello costituzionale la tutela del paesaggio, ma promuovono la tutela dell'ambiente (come ad esempio il Belgio, la Francia, l'Austria, la Finlandia, la Norvegia, la Svezia, l'Irlanda, la Romania, l'Estonia, la Lettonia, la Bulgaria, i Paesi Bassi) ed infine vi sono altri ancora la cui Costituzione ignora entrambi i temi (come nel caso della Danimarca, Islanda e Cipro).
Più dettagliatamente, in un'ottica comparata, è possibile procedere ad un'analisi dei diversi apparati normativi partendo da quei paesi che contemplano la tutela del paesaggio all'interno delle Costituzioni.

In Germania viene fatto riferimento, genericamente, alla tutela del paesaggio all'interno della Legge Fondamentale mentre è stata predisposta una disciplina, dettagliata e precisa, con la *Legge Federale sulla protezione della Natura e del Paesaggio* del 1976 sulla scorta di una connotazione culturale e identitaria paragonabile a quella italiana.
In Svizzera la tutela del paesaggio e dell'ambiente trova la propria disciplina negli articoli 73, 74, 75, 78 e 86 della Costituzione Svizzera del 2000 che ha delegato ai Cantoni i poteri per attuare le politiche, in maniera coordinata, relative alla tutela paesaggistica ed a quella ambientale, ed aventi come fine la pianificazione del territorio nel rispetto di un corretto uso del suolo e del territorio.
I Cantoni al fine di favorire un confronto circa le informazioni e le competenze e di svolgere un'attività coordinata atta soddisfare quanto prescritto dalla Costituzione Svizzera, hanno costituito la Conferenza dei delegati per la protezione della natura e del paesaggio, che si avvale di un ufficio federale per la protezione del paesaggio e per la gestione del territorio, nonché per la protezione ambientale.
In Portogallo la Costituzione tutela separatamente la tutela del paesaggio e quella dell'ambiente. Inoltre, il legislatore ha emanato numerose leggi a favore della tutela del paesaggio in contemperazione con la tutela dell'ambiente come, ad esempio, la l. n. 19/2014, diretta alla salvaguardia dell'ambiente, che prescrive l'attuazione della tutela del paesaggio nelle politiche ambientali. Vi è poi il d.lgs n. 142/2008 che tra i suoi obiettivi ha quello di tutelare le aree di interesse paesaggistico nel rispetto della biodiversità e delle riserve naturali.
Come prima esposto, vi sono poi paesi che contemplano la tutela del paesaggio in disposizioni normative ma non di rango costituzionale.
È il caso della Francia in cui la tutela del paesaggio non è contemplata dalla Costituzione ma è regolata da una serie di leggi sub-costituzionali, quale ad esempio il Codice urbanistico. Si tratta di disposizioni che tutelano il paesaggio in via conservativa e non in un'ottica di tutela programmatica del paesaggio.
Diversamente, in Francia la tutela dell'ambiente è disciplinata dalla *Charte de l'environnement* (c.d. *Carta dell'Ambiente*) che, enunciando una serie di principi precauzionali, riparatori e di trasparenza, si pone lo scopo sensibilizzare i cittadini e le istituzioni nei confronti dell'importanza della tutela dell'ambiente in modo tale da tendere a politiche finalizzate alla tutela e valorizzazione dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile in un'ottica conservativa.
La *Carta dell'Ambiente* ha valore costituzionale in quanto è stata interamente recepita con la l. cost. n. 205/2005 della Costituzione Francese che, ad oggi, si può dire essere la Costituzione più ambientale per eccellenza e ciò in quanto è l'unica Carta costituzionale che dedica il proprio incipit a norme inerenti la tutela dell'ambiente, della biodiversità e garantisce la lotta

al cambiamento climatico in un'ottica intergenerazionale[8]. È interessante notare che nella *Carta dell'Ambiente* viene fatto sì riferimento al paesaggio ma in un'ottica di dipendenza dall'ambiente e ciò in quanto la tutela del paesaggio è menzionata, unicamente, in maniera dipendente alla tutela dell'ambiente e non in via autonoma.
Anche la Spagna non prevede all'interno della propria Costituzione norme dedicate espressamente al paesaggio, mentre vi sono norme relative alla tutela dell'ambiente e alla tutela della cultura. Nonostante l'assenza di norme per la tutela del paesaggio a livello costituzionale, sono presenti a livello statale numerose Leggi relative al paesaggio che viene inteso sempre nella accezione culturale ed identitaria del paese, nel senso di essere il frutto del lavoro dell'uomo e della natura che si concretizza in una determinata parte del territorio del paese e che è testimone dell'evoluzione dell'uomo.[9]
Anche nel Regno Unito mancano previsioni costituzionali finalizzate alla tutela del paesaggio ma all'interno di diverse leggi sono previste apposite norme volte alla tutela dei c.d. «paesaggi speciali» e intesi quali paesaggi che per determinate caratteristiche culturali si presentano meritevoli di tutela, o zone caratterizzate da un determinato panorama o zone qualificate quali riserve naturali che debbono essere salvaguardate.
Vi sono poi dei paesi che ignorano completamente la tutela del paesaggio sia a livello costituzionale che a livello statale.
Da quanto sinora detto si può sintetizzare che, come è stato sottolineato[10] l'attenzione per la tutela del paesaggio «antropizzato» è tipica dei paesi di matrice latina e di quelli germani mentre nei paesi anglosassoni prevale la concezione del paesaggio quale «risorsa naturalistica» e dunque prevale una visione in cui il paesaggio equivale all'ambiente.

4. Il paesaggio in Italia. L'esigenza di tutelare il paesaggio, ovvero le «bellezze naturali e paesistiche», in Italia è emersa come diretta conseguenza della protezione dei beni di interesse storico artistico e ciò poiché anche nel paesaggio si rivenivano valori identitari, estetici e storico-cultuali.
Per addivenire al concetto attuale di tutela del paesaggio, in Italia, è stato necessario un processo legislativo durato sostanzialmente tutto il XX Secolo.
Il legislatore italiano si è occupato per la prima volta di tutela del paesaggio, in via indiretta, con la l. n. 411/1905[11] ed in seguito con la l. n. 688/1912, legge di modifica della precedente

[8] Diverso dalla *Charte de l'environnement* è le Code de l'environnement (il Codice dell'ambiente) del 2000. Invero, diversamente dalla Carta dell'ambiente che ha valore costituzionale e che enuncia principi tendenti alla tutela dell'ambiente, il Codice dell'ambiente è un testo giuridico privo di portata costituzionale che raggruppa tutte le norme emanate in materia ambientale. Il codice dell'ambiente è il frutto di un lavoro di sistematizzazione messo in atto dal legislatore francese mediante il quale sono state riunite tutte le norme prodottesi, sino al 2000, in materia ambientale. La differenza sostanziale tra le due sta nel fatto che la Charte de l'Environnement fissa i principi generali in materia ambientale ed il Code de l'Environnement enuncia le norme particolari attraverso cui regolare la materia ambientale.
[9] Sul punto consultare la Ley 11/1998 de Patrimonio Cultural de Cantabria, cfr. G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, op. cit.
[10] In G. Severini, «*Paesaggio*»*: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica,* in *Aedon*, 1, 2019.
[11] La l. n. 411/1905, Recante *Dichiarazione d'inalienabilità, a scopo di rimboscamento, di relitti marittimi nella provincia di Ravenna, per la conservazione della pineta*. Si veda sul punto A. Papa, *La tutela del paesaggio: verso un nuovo bilanciamento con la salvaguardia dell'ambiente dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione?*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna online*, 1, 2024, in cui viene evidenziato che il paesaggio grazie alla l. n. 411/1905 trovò una prima connotazione culturale in quanto: « «il culto delle civili ricordanze» si esprimesse non solo «nelle solenni opere consacrate nel marmo e nel bronzo», ma anche nei monti, nelle acque, nelle foreste, ossia in «tutte quelle parti del patrio suolo, che lunghe tradizioni associarono agli atteggiamenti morali ed alle vicende politiche di un grande paese» ».

l. n. 364/1909[12].
La l. n. 688/1912 non aveva ad oggetto un'espressa normativa dedicata al paesaggio, ma prevedeva l'applicazione della tutela per i beni di particolare interesse storico artistico «anche alle ville, ai parchi ed ai giardini che abbiano interesse storico o artistico» subordinando e connettendo la tutela del paesaggio alla presenza dei beni culturali. La l. n. 688/1912, pertanto, non prendeva in considerazione le bellezze naturali ma tutelava unicamente il paesaggio caratterizzato da un particolare interesse storico artistico, e ciò in quanto tutelava il paesaggio circostante i monumenti nazionali, escludendo tutti quegli altri scorci di paesaggio che nel tempo sono divenuti simbolo del Bel Paese[13].
Nel 1919 nacque il *Comitato nazionale per la tutela delle bellezze naturali e del paesaggio*[14], istituito con lo scopo di sensibilizzare i cittadini nei confronti della tutela del paesaggio nonché con lo scopo di promuovere e conservare il patrimonio paesaggistico italiano mediante la previsione di politiche *ad hoc*. Al Comitato si deve l'elaborazione della l. n. 778/1922 (*Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico,* c.d. *Legge Croce* dal nome dall'allora Ministro per l'Istruzione Benedetto Croce che ha predisposto il disegno di legge nel 1920).
La *Legge Croce* ha rappresentato la prima Legge italiana avente ad oggetto, esplicitamente, la protezione delle bellezze naturali. Tuttavia, la tutela accordata dalla *Legge Croce* non si estendeva indistintamente al paesaggio ma aveva ad oggetto principalmente la tutela delle bellezze naturali, immobili, caratterizzate da una particolare relazione con la storia civile e letteraria dell'Italia[15].
Nel 1939 fu adottata la l. n. 1497/1939[16], *Legge sulla protezione delle bellezze naturali (*c.d. *Legge Bottai*[17]*)*, che, ampliò rispetto alla *Legge Croce* il novero dei beni meritevoli di tutela

[12] La l. n. 309/1909 *(Legge per le antichità e le belle arti)* ha introdotto per la prima volta delle norme volte a vietare e ad apporre dei limiti al commercio delle antichità e delle belle arti ed in particolare dei beni caratterizzati da un particolare interesse storico, archeologico, paletnologico o artistico, e ciò in forza del loro carattere pubblicistico. La legge ammetteva la vendita e l'esportazione dei già menzionati beni solo in conseguenza di un'esplicita autorizzazione del Ministero della pubblica istruzione. La l. n. 309/1909 ha previsto altresì un principio di tutela indiretta dei beni di particolare interesse storico di proprietà privata in quanto ha introdotto un diritto di prelazione per i beni di particolare interesse storico artistico.
[13] In G. Severini, *«Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica,* op. cit., viene evidenziata la circostanza secondo cui la l. n. 309/1909 era considerata da molti idonea anche a tutelare le c.d. bellezze naturali e non unicamente i beni circostanti i beni artistici e storici. Vi si legge letteralmente: «di particolare rilievo fu il testo, denso e ricco di annotazioni comparatistiche, di una conferenza tenuta al *Circolo giuridico* di Roma nel 1912 da Mario (Mariano) D'Amelio sulla *Tutela giuridica del paesaggio.* Vi si legge quello che per tre decenni almeno diverrà un ritornante *leitmotiv*: la frase attribuita a Jhon Ruskin (1819-1909), per cui il paesaggio è «il volto amato della Patria». D'Amelio riteneva che la l. n. 364 del 1909 – da cui la tutela del paesaggio era stata scorporata nei lavori parlamentari – sarebbe bastata a tutelare le «bellezze naturali», salvo che i paesaggi meramente naturali, cioè «de bellezze spontanee della contrada» ed «i paesaggi puramente pittoreschi», le cascate d'acqua, le spiagge, le caverne, le grotte: «perché non artistiche» e «il loro valore estetico non si può confondere con il pregio artistico».
[14] Istituito nel 1919 dal Senatore Pompeo Molmenti, senatore che svolse un ruolo fondamentale per l'approvazione della legge del 1909 e del 1912, presieduta da Giovanni Rosadi, Giulio Aristide Sartorio, Colasanti, il deputato Matteo Marangoni, l'archeologo Vittorio Spinazzola, l'avvocato erariale Luigi Biamonti e Benedetto Croce, Ministro della pubblica istruzione del governo Giolitti.
[15] L'art. 1 della l. n. 778/1922 così dispone «Sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale e della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria. Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche.»;
[16] All'adozione della l. n. 1497/1939 seguì l'adozione nel 1940 delle disposizioni attuative della stessa che furono approvate con regio decreto n. 1257 del 3 giugno 1950.
[17] *Legge per la tutela delle cose di interesse storico artistico* che aveva il fine di tutelare e conservare il patrimonio storico-artistico ovvero il patrimonio che era considerato esteticamente «bello». La c.d. Legge Bottai era una Legge finalizzata alla conservazione e non alla tutela in un'ottica di rigenerazione e che si basava su una concezione

introducendo la tutela del paesaggio rappresentativo delle bellezze naturali[18] che seppur sempre considerate sulla scorta di un criterio prettamente estetizzante[19], non si identificavano solo con il paesaggio urbano ma anche nel paesaggio naturale, e pertanto in un paesaggio non necessariamente caratterizzato da una particolare relazione con la storia civile e letteraria del Paese.

Dunque, il paesaggio naturale, seppur sempre collegato all'azione dell'uomo, in quanto frutto dell'interazione tra natura e uomo[20], cominciava ad assumere una connotazione maggiormente autonoma, fondata su basi culturali e identitarie ma anche fortemente naturalistiche.

La scelta del legislatore di introdurre la tutela delle bellezze naturali all'interno del testo sulla

puramente estetica. Ha segnato però un grande cambiamento con riferimento alla concezione di patrimonio e tutela della cultura in quanto lo stesso veniva ad essere assimilato alla storia culturale dei cittadini italiani.

[18] Secondo P. Bilancia, *Riflessioni sul principio costituzionale di tutela del paesaggio nell'ordinamento italiano,* op. cit., l'interpretazione della nozione di paesaggio del 1922 e del 1939 fondava su un'interpretazione «materialistica» e «statica» comprensiva sia dei beni naturali che manufatti. Si legge invero che rientravano all'interno del novero del paesaggio «le cose immobili con «cospicui caratteri di bellezza naturale o geologica»; le ville, i giardini o i parchi, che non siano già di interesse storico o culturale, ma provvisti di una «non comune bellezza»; i complessi di cose immobili aventi caratteristico aspetto di «valore estetico e tradizionale»; le bellezze panoramiche, altresì note come «quadri naturali» […] si riteneva quindi inizialmente che il paesaggio dovesse essere tutelato alla stregua di un «valore estetico», come amenità e piacevolezza del territorio e del tessuto urbano nazionale. In quanto bene fondamentalmente estetico ed intrinsecamente materiale, il paesaggio doveva essere *conservato* dalla Repubblica, ma non anche valorizzato».

[19] Sul punto M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura – Manuale di legislazione dei beni culturali,* IV edizione, Milano, 2022, in cui si legge che: con la l. n. 1497/1939 (*Legge sulla protezione delle bellezze naturali)* veniva introdotta la tutela del paesaggio in forza di un criterio prettamente estetico, criterio deputato ad individuare i beni meritevoli di tutela. I beni paesaggistici meritevoli di tutela si identificavano dunque nei «quadri naturali» espressi dai valori paesaggistici mentre venivano esclusi dalla tutela costituzionale i beni naturali ovvero la fauna, la flora e tutto quanto prescinde dalla «natura in quanto tale» cfr. sul punto M. Ainis, M. Fiorillo, op. cit. che a loro volta richiamano A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. Giur. Edil.*, II, 1967;

[20] Cfr. sul punto G. C. Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europeo*, cit., secondo cui con la Legge Bottai fu data una definizione maggiormente dinamica ed estensiva del paesaggio che doveva essere considerato quale frutto dell'interazione tra le forze dinamiche della natura e le forze dell'uomo. Sul punto G. C. Feroni richiama un pensiero di A. Predieri, *Significato della norma costituzionale della tutela del paesaggio,* in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II, 1969, Firenze, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXI ed. Milano, 1981, che si riporta qui di seguito integralmente: «come risultante di forze umane e naturali che agiscono perennemente, come paesaggio integrale, perciò, il paesaggio è un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità. Il paesaggio, dunque, è la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura. Di quest'ultima, il paesaggio diventa forma, linguaggio, comunicazione, messaggio, terreno di rapporto tra gli individui, contesto che cementa il gruppo. In questo suo aspetto di comunicazione presuppone, come qualsiasi comunicazione, un sistema di relazioni, che ineriscono alla società, che la esprimono, senza che con ciò si voglia dimenticare, che questa espressione non è l'univoca sintesi delle strutture sociali nel cui ambito agisce la comunità che trasforma il paesaggio. Il sistema di relazioni sociali e di relazioni economiche che stanno alla base delle strutture sociali, informa il modo di agire che plasma il paesaggio e contemporaneamente individua il paesaggio nel suo valore estetico che è formato ed espresso da quella determinata società. Il paesaggio, sotto questo profilo, è per i componenti della società l'immagine dell'ambiente in cui vivono e che essi vedono. Quindi, è il conferimento di senso o di valori a quel complesso di cose. In questo ordine, il paesaggio diventa oggetto estetico; e il paesaggio naturale, anche quello rigorosamente, esclusivamente naturale, è *Kulturlandschaft* quanto lo è quello umano, in quanto il paesaggio naturale viene umanizzato nella sua percezione, nel suo significato, diventa produzione umana sotto il profilo interpretativo o, se vogliamo, estetico, così come lo è oggettivamente quello determinato dall'azione dell'uomo. Nell'uno e nell'altro aspetto, come dicevo, il paesaggio è condizionato dalla struttura sociale. Ma, a sua volta, nell' uno e nell'altro aspetto condiziona l'esperienza e l'esistenza della comunità che vive in quell'ambiente».

tutela del patrimonio culturale sottolineava l'interdipendenza delle due materie e saldava, sempre di più, la tutela dei beni culturali con la tutela del paesaggio addivenendo ad essere considerate due facce della stessa medaglia.
Nel 1948, con la Costituzione italiana, l'interdipendenza tra il paesaggio ed i beni culturali è stata definitivamente sancita mediante l'introduzione di una specifica previsione finalizzata alla promozione e allo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e del paesaggio introdotta all'interno in un unico art. ovvero l'art. 9, come anticipato, si colloca tra quelli che enunciano i principi fondamentali in Costituzione.
La previsione costituzionale non ha rappresentato un punto d'arrivo ma ha aperto la strada alla riflessione dottrinale[21] e ad arresti giurisprudenziali[22] che hanno nel tempo slegato il paesaggio dalla concezione estetica e fortemente dipendente dall'azione dell'uomo, in quanto

[21] Basti pensare che nel 1969 parte della dottrina si distaccò dalla concezione prettamente estetica del paesaggio ed iniziò a considerare quale paesaggio meritevole di tutela il paesaggio naturale, in quanto «forma del paese» la cui celebre definizione si deve ad A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, cit. in cui il paesaggio, come ricordato nella nota precedente, è una sintesi tra la trasformazione dello stesso grazie all'intervento umano ed il territorio in quanto tale. Si legge in F Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione,* in *Rivista AIC*, 3, 2023, che «Predieri sostiene che la locuzione paesaggio non può esaurirsi né in quella di bellezze naturali né in quella di natura o di paesaggio naturale. Il paesaggio è al tempo stesso «un fatto fisico oggettivo, e un farsi, un processo creativo continuo»; per questa strada il giurista fiorentino arriva alla celebre definizione di paesaggio quale «forma del paese», creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi si è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura»;
[22] La Corte costituzionale con la sentenza n. 151/1986 ha posto in rilievo «il carattere non più conservativo e statico, ma gestionale e dinamico (l'intervento umano è valutato positivamente se controllato e mirato)» della tutela del paesaggio sul punto cfr. F. G. Albisinni, *Dal potere autorizzatorio di tipo conformativo alle fattispecie normative abilitanti. Verso nuovi paradigmi in tema di amministrazione del patrimonio culturale,* Il Mulino, 1, 2019.

parte del territorio. Si ricordino, tra le altre, le sentenze n. 239/1982[23] e n. 94/1985[24] della Corte costituzionale che chiariscono che il paesaggio non poteva essere identificato unicamente con il territorio, e che la tutela del paesaggio, in quanto funzionale allo sviluppo socio economico del paese, doveva essere intesa come la tutela di un valore estetico – culturale servente la persona e contributiva all'elevazione culturale della comunità[25].
Con il tempo in Italia, anche grazie alle già menzionate pronunce, si è affermata una nozione di paesaggio dinamica ed integrale, comprensiva, dell'aspetto estetico, culturale, identitario e

[23] Nella sentenza, avente ad oggetto un conflitto di competenza tra Stato e Regioni relativi alle materie di urbanistica e paesaggistica, si legge: «Conseguentemente ogni dubbio, se pure poteva giustificarsi per il passato (cfr. in proposito la sentenza di questa Corte 24 luglio 1972 n. 141), non ha ormai ragion d'essere, e si deve quindi ritenere che l'urbanistica comprende tutto ciò che concerne l'uso dell'intero territorio (e non solo degli aggregati urbani) ai fini della localizzazione e tipizzazione degli insediamenti di ogni genere con le relative infrastrutture. Naturalmente la competenza regionale può subire restrizioni, come certamente si verifica per le opere pubbliche di interesse nazionale, rispetto alle quali è legittimo l'intervento statale (cfr., per le relative funzioni amministrative, l'art. 81 del cit. d.P.R. n. 616 del 1977), ma, sotto il profilo che qui interessa, non può consentirsi alla limitazione indicata nell'ordinanza di rimessione. Rilevato che nulla si oppone in linea di principio a ritenere che la disposizione impugnata si riferisca alla materia urbanistica, occorre esaminare se essa concerna effettivamente tale materia ovvero, come ritiene il pretore, sia diretta alla tutela del paesaggio. Al riguardo va premesso che, secondo qualche opinione dottrinale, la tutela del paesaggio apparterrebbe alla competenza statale e regionale secondo la consueta ripartizione: allo Stato i principi e l'indirizzo, alla regione la legislazione di dettaglio e l'attività amministrativa. Ma tale tesi – in base alla quale nella presente causa diverrebbe intuitivamente irrilevante la su indicata distinzione perché la normativa de qua, avendo i caratteri di una legislazione di dettaglio, rientrerebbe pur sempre nella potestà regionale - non può essere condivisa. Vi si oppone la disposizione del secondo comma dell'art. 9 Costituzione, secondo cui la tutela del paesaggio é compito della Repubblica e quindi in prima linea dello Stato, disposizione correttamente intesa ed applicata dal ricordato d.P.R. n. 616 del 1977, il quale all'art. 82 ha delegato (in base all'art. 118, secondo comma, Cost.) e non trasferito alle regioni (come, invece, ha fatto per le materie previste dall'art. 117 della Costituzione stessa) le funzioni amministrative in materia. Né in senso contrario potrebbe invocarsi il disposto del ricordato art. 80 d.P.R. n. 616 del 1977, il quale completa la definizione dell'urbanistica, aggiungendo la previsione della «protezione dell'ambiente». Questa, intesa in senso lato, comprende, com'è comunemente ammesso, oltre la protezione ambientale collegata all'assetto urbanistico del territorio, anche la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento. Ma nel cit. art. 80 la formula legislativa è usata in senso restrittivo e riferita soltanto al profilo urbanistico, come risulta evidente dalla collocazione della disposizione, la quale è posta a completamento della nozione di urbanistica, mentre il cit. d.P.R. si occupa dell'ambiente inteso in senso diverso in altre e ben distinte disposizioni (cfr., tra l'altro, art. 82 cit. e Capo VIII del Titolo V).

[24] Sentenza in cui viene esaltata l'autonomia della tutela del paesaggio in quanto si legge: «Il paesaggio, unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, costituisce un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo, collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principii fondamentali dell'ordinamento (art. 9, secondo comma, Cost.). Senza che qui occorra svolgere una compiuta esegesi del citato disposto costituzionale, basta rilevare come, in forza di esso, il perseguimento del fine della tutela del paesaggio (e del patrimonio storico ed artistico nazionale) sia imposto alla Repubblica, vale a dire allo stato-ordinamento e perciò, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, a tutti i soggetti che vi operano. Ed è di piana evidenza che così debba essere, volta che, in via generale, la tutela del paesaggio non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente. Si vuol dire con ciò che, fermo il riparto delle competenze disposto da norme costituzionali e sulla base di esso, la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti, la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto, appunto, della tutela del paesaggio.»

[25] Cfr. R. Saija, *Dal paesaggio all'ambiente. L'art. 9, comma 2 Cost. attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *oaj.fupress.net*, 2007, in quale evidenzia che dei primi segni di apertura verso la lettura dell'art. 9, c. 2, Cost., si è avuto con la sentenza n. 239/1982, nella quale la tutela del paesaggio inizia ad assumere la connotazione di non solo di una tutela improntata ad un valore estetico – culturale ma risulta essere finalizzata alla protezione di un valore idoneo a contribuire allo sviluppo ed all'elevazione culturale della collettività.

territoriale[26].
Negli anni '80 il tema del paesaggio si è arricchito, poi, di un ulteriore filone, quello ambientale, che ha portato dottrina e giurisprudenza ad analizzarle quali entità distinte tra di loro ma collegate in quanto parte rispetto al tutto[27]. Come si legge nel primo manuale costituzionalistico dedicato al tema «La nozione di paesaggio non si identifica con quella d'ambiente ma semmai si collega a questa come parte rispetto a tutto»[28].
Negli ultimi due decenni del XX Secolo le tutele del paesaggio e dell'ambiente si sono fortemente intersecate[29] ed hanno fatto emergere l'esigenza di autonomizzare i due concetti. Ciò si è realizzato nei primi anni del XXI secolo con l'approvazione nel 2004 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (d.lgs. n. 42/2004 – da ora in poi *Codice Urbani*) e nel 2006 del *Testo Unico sull'ambiente* (d.lgs. n. 152/2006).

L'art. 131, cc.1 e 2, *Codice Urbani* ha dato una definizione, normativa positiva, del paesaggio quale territorio espressivo dell'identità e della cultura di un popolo, elemento la cui essenza è complessa in quanto comprensiva di una moltitudine di aspetti sottesi alla materiale percezione dello stesso. Si legge infatti che: «Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali».
Sempre nel Codice Urbani è stata confermata la separazione, seppure caratterizzata da interdipendenza, tra i «beni paesaggistici» ed i «beni culturali». Si tratta di una circostanza di grande rilievo, perché da un lato è stata ribadita l'importanza dell'interesse sottoposto a tutela giuridica e, dall'altro, è stato chiarito che il paesaggio è un valore identitario e culturale della nazione[30] autonomo rispetto ai beni culturali.

---

[26] In particolare, grazie alla sentenza n. 94/1985 della Corte costituzionale viene bypassata la concezione del paesaggio e della relativa tutela in termini statici ma anzi viene evidenziata la necessità che la tutela del paesaggio venga attuata in maniera dinamica senza considerando anche le esigenze dovute allo sviluppo socio-economico del paese, limitandole laddove il soddisfo di questa esigenza possa incidere sul territorio e sull'ambiente. Sul punto Cfr. R. Saija, *Dal paesaggio all'ambiente. L'art. 9, comma 2 Cost. attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

[27] Di particolare importanza, è stata la sentenza n. 39/1986, a cui si deve una vera e propria inversione di rotta in quanto viene sancita la nozione giuridica di paesaggio in maniera del tutto difforme da quella precedentemente sostenute e fortemente estetica in quanto guarda in modo del tutto stridente rispetto al passato viene previsto che il paesaggio deve essere considerato come un unicum, comprensiva della natura ovvero «l'insieme degli elementi che contribuiscono a caratterizzare una determinata parte del territorio, compresa, in particolare, la vegetazione, anche quando sorga e sia costituita ad opera dell'uomo». Sul punto si legga anche F. Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, cit. dove viene spiegato in che modo la giurisprudenza della Corte Costituzionale di fine anni Ottanta, in materia di paesaggio, sia stata fondamentale per affermare una lettura ampia della, complessa e plurivoca del paesaggio.

[28] Cfr. B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 1990.

[29] Secondo L. Carbone, in *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali,* in *Federalismi.it,* 19, 2004 «il paesaggio, dunque, sta a cavallo tra ambiente e beni culturali o meglio va ricondotto all'una o all'altra materia a seconda delle finalità a cui è orientata la disciplina di cui forma oggetto».

[30] G. Severini in *La nozione di «Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, cit., secondo cui la dicitura di cui all'art. 131 del Codice del 2004 «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» riprende, razionalizzandola, quella che è stata la ragione della Legge Bottai e presente anche all'interno della Legge Croce che considerava il paesaggio connesso alla storia civile e letteraria dell'Italia; E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in *GiustAmm.it*, 2016 osserva che «Sul piano ermeneutico-lessicale, nella vigente proposizione definitoria si colgono le tracce di due dinamiche convergenti: a. il riconoscimento della dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto elemento riassuntivo – nell'accezione semantica di «identità» assunta in questo punto del codice - dei diversi

In seguito, sulla scia di un orientamento volto ad autonomizzare la tutela dell'ambiente da quella del paesaggio è stato approvato il d.lgs. 152/2006 recante il *Testo Unico sull'Ambiente*.
Nonostante l'approvazione del *Testo unico sull'ambiente* e del Codice Urbani gli stessi, non hanno prodotto una netta separazione tra il concetto di paesaggio ed ambiente.
Infatti, la Corte costituzionale con la sent. n. 367/2007, ancora nel 2007, affermava che l'art. 9 Cost. che tutelava il paesaggio ma non ne definiva il contenuto, comprendeva al suo interno sia la tutela dell'ambiente che del territorio e pertanto il riferimento al paesaggio era un riferimento essenzialmente all'ambiente[31].
In ambito dottrinale invece l'esigenza di separare nettamente i due concetti era stata da più parti sottolineata[32], e ha trovato sistematizzazione costituzionale con la revisione della Costituzione[33] che ha portato all'adozione della l. cost. n. 1/2022 che, modificando art. 9 Cost., ha introdotto tra i principi fondamentali[34] la tutela dell'ambiente attribuendo a quest'ultima autonoma rilevanza rispetto al paesaggio.

5. Il carattere paradigmatico della sentenza del Consiglio di Stato n. 624/2022. Gli elementi che sono stati tratteggiati nei paragrafi precedenti ed in particolare l'esigenza di analizzare il rapporto tra paesaggio e ambiente in una dimensione multilivello trova conforto in una pronuncia del Consiglio di Stato del 2022, ovvero la sent. n. 624/2022 di riforma della precedente decisione del TAR Lombardia n. 932/2019[35], con cui era stato ritenuto che la

processi ascrittivi del valore di volta in volta estetico, simbolico o testimoniale di un territorio, entro uno schema in cui il carattere identitario viene assunto quale esito di un processo di riconoscimento comunitario 38; b. la tendenza a sfumare il rapporto tra il tutto (il territorio) ed alcuni segmenti di speciale pregio (i beni vincolati)».

[31] Si legge nella sentenza n. 367/2007 della Corte costituzionale che: «Come si è venuto progressivamente chiarendo già prima della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della «tutela del paesaggio» senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Si tratta peraltro di un valore «primario», come ha già da tempo precisato questa Corte (sent. n. 151 del 1986; ma vedi anche sentenze n. 182 e n. 183 del 2006), ed anche «assoluto», se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente (sent. n. 641 del 1987)».

[32] In questa sede si richiama in una successiva riedizione del manuale *Diritto pubblico dell'ambiente* di B. Caravita Di Toritto, op. cit. nel quale l'autore, nel commentare proprio la sentenza richiamata nel testo , ne contestava l'impostazione sottolineando al contrario che l'ambiente e il paesaggio sono due entità che meritano tutele necessariamente coordinate in quanto «parte del tutto» ma che contrariamente a quanto affermato dalla Corte costituzionale, sono due elementi autonomi e ben distinti meritevoli di separata tutela.

[33] Il tema della revisione costituzionale e dei suoi limiti è affrontato, *ex multis*, A. Pizzorusso, *Commento all'art. 139*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981; P. Carnevale, *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi*, Napoli, 2016; V. Crisafulli, L. Paladin, *Commento agli articoli 138 e 139*, in Commentario breve alla Costituzione, Padova, 1990; M. Dogliani, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, 1999; T. Groppi, *Commento all'art. 138*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di*), Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; E. Grosso, V. Marceno, *Commento all'art. 139*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit.; F. Modugno, *Revisione costituzionale* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006; C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi,* Milano, 1952; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, CEDAM, Padova, 2002; M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, 2002.

[34] È la prima volta dall'entrata in vigore nel 1948 della Carta Costituzionale si è intervenuti sul piano dei Principi fondamentali ed è stato inserito all'interno dell'art. 9 un terzo comma che prescrive che la Repubblica debba garantire la «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La Legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali» sul punto cfr. A. Morrone, *L'ambiente nella costituzione premesse di un nuovo contratto sociale*, in Atti del Convegno AidaAmbiente, *La riforma Costituzionale in Materia Ambientale*, 2, 2022.

[35] si legge nella sent. n. 932/2019 del TAR Lombardia: «3.1 Osserva il Collegio come la Commissione ponga a fondamento della propria valutazione la nozione di paesaggio delineata dalla Convenzione europea del 2000

tutela del paesaggio inglobasse anche quella dell'ambiente. La sentenza del Consiglio di Stato stravolge la decisione del TAR ponendo in evidenzia l'autonomia della tutela del paesaggio rispetto a quella dell'ambiente, che seppur fortemente connesse, sono due entità meritevoli di autonoma tutela.

A sostegno della propria decisione, il Consiglio di Stato ha richiamato la Convenzione europea del paesaggio ed ha affermato che quest'ultima, valorizzando gli aspetti identitari e culturali del paesaggio, dà un concetto ampio di «paesaggio», estremamente dinamico, frutto dell'interazione tra uomo e ambiente ma, ciò nonostante, entità distinta ed autonoma rispetto allo stesso.

Il Consiglio di Stato procedendo ad un'analisi della Convenzione ne individua i punti salienti. Si legge nella sentenza che la Convenzione europea del paesaggio definisce il paesaggio all'art 1, lett. *a*), come «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni» (si tratta della nozione tradotta e fatta propria dall'art. 131, cc. 1 e 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004, secondo cui: «1. Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. 2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali»); ancora viene sottolineato che all'art. 2 della Convenzione si definisce il «Campo di applicazione» della predetta Convenzione che si applica agli «spazi naturali, rurali, urbani e periurbani», comprendendo «sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, che i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati» (sul punto,

(entrata in vigore sul piano internazionale il 1° settembre 2006), la cui ratifica ed esecuzione è effettua in Italia con l. n. 14/2006. La disposizione contenuta all'interno dell'art. 1 dell'atto normativo internazionale definisce il paesaggio come «*una determinata parte di territorio, cosi come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni*». Nozione che testimonia la peculiare polisemia del concetto in esame al cui interno sono ricompresi sia sostrati naturalistici (il territorio è, infatti, inteso come *res extensa*), sia elementi prettamente culturali. Lo conferma la disamina delle considerazioni inserite nel Preambolo della Convenzione ove si afferma che: «a) il «paesaggio» svolge importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale e costituisce una risorsa favorevole all'attività economica e che salvaguardato, gestito e pianificato in modo adeguato, può contribuire alla creazione di posti di lavoro»; b) «il paesaggio concorre all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e al consolidamento dell'identità europea».

3.2. La Convenzione europea adotta, pertanto, una nozione ampia di paesaggio che è inteso come «elemento importante della qualità della vita delle popolazioni nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana. Tale concetto non ricomprende, soltanto, le c.d. bellezze naturali (al pari di quanto avviene, in precedenza, in forza della previsione di cui all'art. 1 della L. 29 giugno 1939 n. 1497; nella giurisprudenza di legittimità costituzionale, cfr. Corte Costituzionale, 29 maggio 1968 n. 56; Id., 24 luglio 1972 n. 141; Id., 3 agosto 1976 n. 210), o il solo patrimonio storico, archeologico e artistico (come può inferirsi dalle previsioni di contenute nella legge 26 aprile 1964 n. 310), o ancora i c.d. beni ambientali (come emerge dal d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 che colloca il paesaggio nel pur ampio crinale tra l'ambiente e il governo del territorio). Al contrario, si tratta di nozione che supera le sovrapposizioni spesso presenti nella legislazione interna tra ambiente, paesaggio e beni culturali, e che reclama un'autonomia del paesaggio riconoscendo, al contempo, la necessità di una visione integrale ed olistica del concetto in esame. In sostanza, il paesaggio descrive un patrimonio di risorse identitarie non riducibili alle sole bellezze naturali in sé o alle testimonianze storico-artistiche di eccezionale valenza ma assume rilievo ogni qual volta sussistano elementi morfologici a cui sia attribuibile una valenza estetica. A questo contesto non è certamente estranea la materia del Governo del territorio che, al contrario, costituisce uno degli strumenti attraverso il quale la Repubblica realizza la tutela del bene in esame (art. 9 Costituzione; in giurisprudenza, cfr., *ex multis*, T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 5 aprile 2017, n. 797; id., 13 luglio 2018, n. 1690).».

nella *Relazione esplicativa* si precisa che «il campo di intervento delle politiche e dei provvedimenti […] deve riferirsi alla totalità della dimensione paesaggistica del territorio degli Stati […] Non la si potrebbe limitare unicamente agli elementi culturali od artificiali, oppure agli elementi naturali del paesaggio: si riferisce all'insieme di tali elementi e alle relazioni esistenti tra di loro», nonché che «ogni paesaggio costituisce un ambito di vita per la popolazione che vi risiede»). Sempre richiamando la Convenzione, all'art. 5, lett. *a)*, impone agli Stati che vi hanno aderito di «riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità». Viene sottolineato che nella *Relazione esplicativa* si afferma che «Il paesaggio svolge un ruolo importante in quanto elemento dell'ambiente e del contesto di vita delle popolazioni, sia nelle aree urbane, che rurali e sia per i paesaggi con caratteristiche eccezionali, che per quelli della vita quotidiana».

In sintesi, il Consiglio di Stato esalta il fatto che la Convenzione considera il paesaggio come una combinazione di elementi culturali e ambientali che dialogano tra loro[36] e pertanto si pone l'obiettivo di incentivare politiche volte alla protezione ed alla gestione del paesaggio anche in un'ottica di sostenibilità e di tutela dell'ambiente mediante l'adozione di scelte paesaggistiche che tengano conto degli aspetti ecologici, dei valori naturali e della biodiversità.

Dunque, la Convenzione europea del paesaggio, sulla scorta di quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, promuove l'integrazione della pianificazione territoriale e della tutela dell'ambiente, in un'ottica di pianificazione, con l'intento di garantire un bilanciamento tra l'ambiente e paesaggio nell'adozione delle scelte e nelle politiche solo però degli Stati membri che vi hanno aderito.

6. Conclusioni. Come è stato sottolineato in dottrina la modifica dell'art. 9 della Costituzione impone un nuovo bilanciamento tra i diversi elementi che lo compongono e, per la parte che qui rileva, tra paesaggio e ambiente. Spetta pertanto al legislatore un compito arduo perché la tutela dell'ambiente e del paesaggio non si presentano naturalmente complementari.

Infatti, anche a voler considerare composte le due sfere di tutela di paesaggio e di ambiente,

[36] Sul punto P. Bilancia, in *Riflessioni sul principio costituzionale di tutela del paesaggio nell'ordinamento italiano,* op. cit. evidenzia che la giurisprudenza amministrativa «Ad avviso del Giudice amministrativo, la Convenzione introduce un concetto certamente ampio di «paesaggio», non più riconducibile al solo ambiente naturale statico, ma concepibile quale frutto dell'interazione tra uomo e ambiente, valorizzando anche gli aspetti identitari e culturali. Secondo tale prospettiva, è pertanto la sintesi dell'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni a contribuire a delineare la nozione, complessa e plurivoca, di «paesaggio». Ciononostante, tale approccio non giustifica l'affermazione di una concezione «olistica» del paesaggio (assorbente rispetto a quella di «ambiente»), dovendo restare ferma la distinzione tra questo e le altre materie, correndosi altrimenti il rischio di cadere in inevitabili confusioni, ad esempio arrivando ad affermare la validità della macrocategoria del governo del territorio ovvero una nozione onnicomprensiva di «ambiente». In definitiva, la pronuncia in esame ritiene che l'arricchimento in senso contenutistico della nozione di «paesaggio» proposto dalla Convenzione non possa giungere fino a stravolgere il significato letterale dell'art. 9 Cost., arrivando a intaccare il nucleo essenziale di carattere estetico, in senso gnoseologico, del «paesaggio», al quale è inevitabilmente attribuibile un carattere soggettivo (e non oggettivo), dal quale discende l'importanza da attribuire alla fruibilità da parte della popolazione. Ferma restando quindi la necessità di interpretare in senso evolutivo il concetto di «paesaggio» di cui all'art. 9 Cost., deve rimanere nondimeno netta la distinzione tra «paesaggio» e «ambiente», implicando il paesaggio la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e l'ambiente prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo (approccio, quest'ultimo, implicito nella nozione – centrale nella legislazione ambientale – di «inquinamento»)».

non appaiono di scarsa importanza né di facile soluzione i contrasti suscettibili di intercorrere tra le due[37].

In altre parole, l'introduzione della tutela ambientale all'interno dei principi fondamentali può porsi in conflitto con la tutela del paesaggio nella misura in cui i due termini si presentino quali sintesi di molteplici interessi.

Invero da qualsiasi prospettiva la si voglia guardare sembra che sul piano ambientale non si riesca a sfuggire ad una tutela «antagonista» con la tutela paesaggistica.

Basti pensare alla questione dell'installazione delle pale eoliche a favore di una green energy, la politica green è stata fortemente incentivata dal Piano nazionale di ripresa e resilienza – *PNRR* – che, come noto, ha previsto una notevole semplificazione delle procedure. O ancora che il d.l. n. 13/2023 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR, del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR delle politiche di coesione e della politica agricola comune)*, in tema di tutela paesaggistica ha compresso fortemente il ruolo della Sovrintendenza e del Ministero della Cultura mediante l'istituzione di una Sovrintendenza *ad hoc*, c.d. «speciale», per una più efficace e tempestiva attuazione degli interventi previsti dal PNRR aventi ad oggetto i beni culturali e paesaggistici, ha apportato notevoli semplificazioni relativamente alla procedura di rilascio della valutazione di impatto ambientale (c.d. VIA) con riferimento ai nuovi impianti di energia rinnovabile, ed ha ampliato il novero dei luoghi dove poter realizzare gli impianti da fonti rinnovabili[38].

Poiché la tutela del paesaggio è essenziale a garantire la tutela dell'elemento identitario e culturale di ciascun paese, sarebbe opportuno assicurare un equo contemperamento della tutela del paesaggio con la tutela dell'ambiente al fine di prevenire il rischio che la tutela del

[37] *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, Napoli, 2022; R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it - Paper*, 11, 2022; M. C. Carbone, *Le parole sono importanti. La configurazione dell'ambiente come valore generale attraverso l'aggiornamento del lessico costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2023; L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di «nuovi» equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?,* in *Federalismi.it*., *Focus - Il costituzionalismo mulitilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 4, 2022; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022; C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021; V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 1, 2023; E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato art. 9 della Costituzione*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 3, 2022; M. Ferrara, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2022; T. E. Frosini*, La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it – Paper*, 23 giugno 2021; G. Marazzita, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2022; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022; G. Severini - P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giust. insieme*, 2021; F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*, in *Federalismi.it - Paper*, 2021; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost*., in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021 e G. Sobrino, L. Imarisio (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*. Atti del seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022, Università degli studi di Torino, Torino, 2022.

[38] Nella bozza delle ultime modifiche al d.l. 13/2023 all'art. 42 si evince che il legislatore abbia inteso apportare un'integrazione al testo già approvato e viene precisato che sono idonee le aree non sono ricomprese nel perimetro dei beni sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n., 42, incluse le zone gravate da usi civici di cui all'art. 142, comma 1, lettera *h)*, del medesimo decreto. Si precisa sul punto che l'art. 142, comma 1, lettera *h)*, richiamato dalla disposizione, definisce di interesse paesaggistico le zone gravate da usi civici.

La modifica pare tesa a includere tra le aree idonee quelle gravate da usi civici, ma potrebbe essere inteso nel senso di includere tra le aree sottoposte a tutela, non classificabili come idonee, proprio le zone gravate da usi civici e pertanto sottoposte a tutela.

paesaggio possa essere sacrificata in modo irreversibile nel nome della tutela dell'ambiente[39].
Invero può sussistere ed è sempre più attuale un possibile conflitto tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente ed il compito di garantirne un'equilibrata soluzione che possa ricercare un equo e logico bilanciamento tra i due interessi in gioco compete al legislatore che dovrà tener conto delle contrapposte esigenze in occasione dell'adozione delle leggi.
Al fine di garantire un equo bilanciamento tra il paesaggio e l'ambiente sarebbe necessario un intervento legislativo da parte dell'Europa e ciò in quanto la semplice adesione alla *Convenzione del paesaggio* non pare essere sufficiente a garantire un bilanciamento tra la tutela ambientale e paesaggistica, equivalente, in tutti i paesi europei. Il bilanciamento tra la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente in Europa è un processo complesso che richiede la collaborazione di vari attori e l'implementazione di politiche e iniziative mirate e tendenti ad uniformare, tra i diversi Stati membri, non solo la tutela dell'ambiente ma anche la tutela del paesaggio.
Al fine di tutelare il paesaggio, sarebbe necessario un intervento dell'UE mediante il recepimento all'interno dei Trattati le tradizioni costituzionali facenti parte degli Stati membri e le disposizioni di cui alla Convenzione europea per il paesaggio, e dunque che venissero adottate delle misure significative idonee a promuovere la conservazione della natura, la sostenibilità ambientale ed il benessere delle comunità e che al contempo garantiscano la preservazione del ricco patrimonio naturale e culturale dei Paesi membri.
È necessario, in sintesi, procedere ad una normativizzazione dell'elemento paesaggio anche a livello Europeo con l'intento di garantire un bilanciamento tra la tutela del paesaggio e quella dell'ambiente essendo, effettivamente, due elementi necessariamente connessi.
D'altronde pare inverosimile pensare che non si possa parlare di un elemento identitario del paesaggio anche a livello Europeo essendo l'Europa la culla della civiltà ed essendo il paesaggio dell'Europa identitario dei singoli paesi facenti parte della stessa.
Con l'auspicio di un intervento quanto più immediato da parte del legislatore Europeo, anche in vista della crisi climatica che stiamo vivendo, con l'intento di limitare i danni che potrebbe subire il paesaggio in assenza di una normativa che coordini e che delimiti le due politiche, ambientali e paesaggistiche, e dunque con l'auspicio di future politiche Europee atte a contrastare la dominanza della tutela dell'ambiente a discapito della tutela del paesaggio.

Abstract. Il presente lavoro si propone di analizzare in che modo la tutela del paesaggio è garantita sia a livello Europeo che Italiano e se il paesaggio venga, ancora, considerato parte integrante della tutela ambientale, o diversamente sia oggetto di una tutela autonoma.
In sintesi, il presente lavoro si pone lo scopo di comprendere se, in un'epoca di crisi climatica e ambientale, le istituzioni si preoccupino di bilanciare la tutela dell'ambiente con la tutela del paesaggio e se il paesaggio sia meritevole di una autonoma tutela.

Abstract. The present work is aimed at analyzing how landscape protection is ensured at the European and Italian levels, and whether landscape is still considered an integral part of environmental protection, or whether it is subject to independent protection.

[39] Basti considerare che la dottrina ha ritenuto che il terzo comma goda di una primarietà del terzo comma dell'art. 9 Cost. La primarietà secondo A. Morrone, in *L'ambiente nella costituzione. Premesse di un nuovo contratto sociale*, cit. oltre ad indicare quali sono i principi fondamentali della costituzione e a cui devono omologarsi tutte le scelte del legislatore, seve anche ad orientare il «bilanciamento» nell'adozione delle decisioni del legislatore di attuazione e nell'applicazione dei giudici. Secondo l'autore sarà difficile riuscire a capire se la protezione dell'ambiente e dei beni costituzionali di cui all'art. 9 e all'art. 41 Cost., in sede di bilanciamento troverà una collocazione primaria rispetto agli altri valori fondamentali e si chiede come sarà possibile effettuare un effettivo bilanciamento.

In summary, this work seeks to understand if, in a time of climate and environmental crisis, institutions are concerned with balancing environmental protection with landscape protection, and if landscape is considered worthy of its own autonomous protection.

Parole chiave. paesaggio – ambiente – tutela – riforma costituzionale n. 1/2022 – art. 9 della costituzione – Convenzione di faro – bilanciamento.

Key words. landscape – environment – protection – constitutional reform no. 1/2022 – article 9 of the constitution – Faro convention – balance.

Issn 2421-0528

IL PARTENARIATO STRATEGICO TRA UNIONE EUROPEA E NATO: L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE SECURITARIA NEL CONTESTO EURO-ATLANTICO*

di Francesco Gaudiosi**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La base giuridica *ex* Cap. VIII della Carta ONU alla luce della cooperazione euro-atlantica tra NATO e UE. – 3. I rapporti tra NATO e Unione europea: l'integrazione degli interessi securitari fino agli Accordi *Berlin Plus*. – 4. Il rilancio del partenariato: il Concetto strategico del 2010 e le Dichiarazioni congiunte del 2016 e del 2018. – 5. Convergenza e complementarità delle competenze securitarie attraverso il Compasso strategico dell'Unione europea e il Concetto strategico della NATO. – 6. La Dichiarazione congiunta UE-NATO del 2023 e il rafforzamento della cooperazione in materia di difesa. – 7. Alcune considerazioni sull'evoluzione del partenariato strategico alla luce dei più recenti sviluppi. – 8. (segue): La diversa *ratio* di NATO e UE nel partenariato strategico. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione. Il partenariato strategico tra NATO e Unione europea costituisce il principale strumento di coordinamento tra le due Organizzazioni che, nel particolare contesto euro-atlantico, possiedono competenze ai sensi dei rispettivi Trattati istitutivi per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Gli ultimi due decenni hanno registrato importanti fasi di slancio connesse al rafforzamento dei rapporti tra NATO e Unione europea congiuntamente a periodi di criticità, che hanno comportato il rallentamento della cooperazione securitaria. Più recentemente, si è assistito ad un cambio di rotta nel regime di cooperazione tra i due enti, attraverso una implementazione della cooperazione inter-organizzativa che ha progressivamente rilanciato i rapporti tra NATO e UE.

Il seguente lavoro intende analizzare il partenariato strategico tra NATO e Unione europea ricostruendo *prima facie* la base giuridica del regime di cooperazione, che si pone quale complementare e funzionale al mandato delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale ai sensi del Capitolo VIII della Carta ONU.

Un ruolo significativo è rappresentato dalle dichiarazioni congiunte concluse tra UE e NATO adottate nel 2016, 2018, e 2023. Le Dichiarazioni, infatti, permettono di articolare le competenze operative proprie di NATO e Unione europea e di definire il regime di cooperazione in ambiti come la ricerca e lo sviluppo, la mobilità delle forze armate, le capacità di difesa, l'industria militare, le esercitazioni congiunte, il contro-terrorismo, il *capacity building* e la sicurezza marittima.

Tale regime di cooperazione si è rafforzato anche grazie al Compasso strategico dell'Unione europea e il Concetto strategico della NATO, entrambi adottati nel 2022, che hanno riconosciuto l'esigenza di un potenziamento reciproco delle funzioni svolte dalle due

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca di Diritto internazionale – Università di Napoli Federico II.

Organizzazioni per il mantenimento della pace e della sicurezza su scala regionale e su cui intende soffermarsi questo lavoro. In considerazione dei più recenti sviluppi, il seguente contributo intende altresì analizzare criticamente l'interazione tra i diversi regimi giuridici che hanno caratterizzato il partenariato strategico tra NATO e Unione europea, nonché i risvolti positivi e le eventuali problematicità concernenti le future evoluzioni del regime di cooperazione tra le due Organizzazioni in esame.
Particolare attenzione sarà posta, nella parte conclusiva dello scritto, sulla *ratio* del partenariato strategico, che, seppur orientato verso l'obiettivo comune della cooperazione strategica, risponde ad una diversa logica degli interessi securitari regionali di NATO e Unione europea.

2. La base giuridica ex Cap. VIII della Carta ONU alla luce della cooperazione euro-atlantica tra NATO e UE. La NATO e l'Unione europea sono due Organizzazioni internazionali a carattere regionale che operano, ai sensi dei rispettivi Trattati istitutivi, per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, seppur con mandati e con competenze operative particolarmente diversi tra loro.
Occorre, *in primis*, ricordare che il Capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite, riconosce *ex* art. 52, par. 1, la facoltà per gli Stati membri di istituire organizzazioni internazionali - investite di competenze concernenti il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale - che si prestino ad un'azione regionale (c.d. *regional arrangements*). Nella categoria dei *regional arrangements* sono, dunque, da ascrivere quegli enti che la Corte internazionale di giustizia individua come dotati di due elementi qualificanti: (1) la loro attività in un dato contesto regionale; (2) l'espresso conferimento, all'interno dei trattati istitutivi di dette organizzazioni, di competenze di attribuzione in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale[1]. Di pari importanza è, inoltre, quanto sancito nei successivi due paragrafi dell'art. 52 (parr. 2-3) che fanno riferimento non solo al coordinamento di queste organizzazioni con le Nazioni Unite[2], ma che prevedono anche modalità di concertazione, e dunque di necessaria cooperazione, tra due o più enti che siano investiti di competenze attributive concernenti il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali nella medesima area geografica[3].
Il sistema di cooperazione internazionale per il mantenimento della pace e della sicurezza nella prospettiva della NATO si caratterizza, ai sensi degli artt. 5 e 7 del Trattato Nord Atlantico, per una dimensione prevalentemente «verticale», riconoscendo il primato del Consiglio di sicurezza quale principale organo onusiano preposto al mantenimento della pace[4]. Il Trattato sancisce, nel combinato disposto degli artt. 5 e 7, l'obbligo per la NATO di

[1] V. Corte Internazionale di giustizia, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, Judgment, in *ICJ Reports 1998*, 1998, par. 67, che in tale contesto delinea in senso negativo gli elementi costitutivi di un *regional arrangement*.
[2] V. J. Bröhmer, G. Ress, C. Walter, *Chapter VIII Regional Arrangements, Article 53*, in B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte, A. Paulus, N. Wessendorf (a cura di), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, II, Oxford, 2012, 1494-1497.
[3] Cfr. C. Walter, *Regional Arrangements and the United Nations Charter*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2009, in part. Lett. C(1) e H, che non solo riflette sulla difficile questione di prossimità geografica (*geographical proximity*) ma anche sul delicato regime giuridico sussistente quanto al coordinamento nell'individuazione di misure, implicanti e non l'uso della forza, sia tra l'ONU e l'organizzazione regionale, sia tra le diverse organizzazioni regionali, e dunque sul rapporto di sistematicità – e di eventuale primato (lett. E) – del Consiglio di sicurezza ONU rispetto a dette organizzazioni.
[4] Trattato Nord Atlantico, firmato il 4 aprile 1949, entrato in vigore il 24 agosto 1949, artt. 5, 7: «5. […] *Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and*

riportare immediatamente al Consiglio di Sicurezza l'adozione di qualsiasi misura implicante o meno l'uso della forza armata nell'ambito territoriale degli Stati membri dell'Alleanza e riconosce la responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Tali articoli riflettono il contenuto dell'art. 54 della Carta ONU, che sancisce un obbligo di tempestiva notifica, da parte dei *regional arrangements*, delle misure adottate per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale in un dato contesto regionale[5].

Diversa è, invece, la base giuridica che attiene al coordinamento tra Unione europea e Consiglio di sicurezza di cui all' art. 34, par. 2, TUE[6]: esso, infatti, si limita a riconoscere la conformità delle funzioni dell'Unione, in particolar modo per quanto attiene alla Politica di sicurezza e di difesa comune (PDSC), con le risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Il Capo 2, Sezione 2, TUE, si caratterizza poi per una dimensione «orizzontale», focalizzata sul coordinamento tra NATO e UE nella prospettiva regionale. L'art. 42, par. 2, TUE, individua nel rapporto con la NATO due componenti fondamentali: la centralità dell'Alleanza atlantica per la definizione delle principali misure securitarie nel contesto euro-atlantico e la compatibilità della NATO con la PSDC, attraverso un regime di cooperazione sulle materie securitarie di comune interesse per le due Organizzazioni[7]. In particolare, il TUE tende a limitare le competenze operative dell'Unione a beneficio del ruolo ricoperto dalla NATO nelle funzioni securitarie regionali: infatti, l'art. 42, par. 7, TUE dispone che la NATO, «[…] resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa»[8]. Nello specifico, il par. 7 dispone che gli «impegni» e la «cooperazione» in ambito PSDC devono essere conformi a quelli già assunti dalla NATO, volendo con ciò considerare l'adattamento dell'UE alle priorità strategiche individuate dall'Alleanza atlantica[9].

3. I rapporti tra NATO e Unione europea: l'integrazione degli interessi securitari fino agli Accordi Berlin Plus. Se, da un canto, la NATO ha storicamente costituito la principale

security. […] 7. This Treaty does not affect, and shall not be interpreted as affecting in any way the rights and obligations under the Charter of the Parties which are members of the United Nations, or the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security».

[5] Carta delle Nazioni Unite, firmata il 14 agosto 1941, entrata in vigore il 24 ottobre 1945, art. 54: «*The Security Council shall at all times be kept fully informed of activities undertaken or in contemplation under regional arrangements or by regional agencies for the maintenance of international peace and security*».

[6] Trattato sull'Unione europea, firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, art. 34, par. 2: «[…] Gli Stati membri che sono anche membri del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite si concerteranno e terranno pienamente informati gli altri Stati membri e l'alto rappresentante. Gli Stati membri che sono membri del Consiglio di sicurezza difenderanno, nell'esercizio delle loro funzioni, le posizioni e l'interesse dell'Unione, fatte salve le responsabilità che loro incombono in forza delle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite. Allorché l'Unione ha definito una posizione su un tema all'ordine del giorno del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, gli Stati membri che vi partecipano chiedono che l'Alto rappresentante sia invitato a presentare la posizione dell'Unione».

[7] Cfr. sul punto M. Arcari, *Legittima difesa e (in)azione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in A. Lanciotti, A Tanzi (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, 37-78; N. Pirozzi, L. Tosi, *L'Italia e la riforma del Consiglio di sicurezza*, in L. Tosi (a cura di), *La Sfida della pace. L'Italia con le Nazioni Unite: 1945-2015*, Padova, 2017, 309-333; P. Bargiacchi, *Passi avanti e giri a vuoto nella riforma dell'ONU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 20, 2018, 875-907; F. Gaudiosi*, Il Capitolo VIII della Carta ONU e il rapporto con la NATO: esigenza di rinnovamento nel regionalismo euro-atlantico?,* in P. Gargiulo, I. Ingravallo, P. Rossi (a cura di), *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie*, Napoli, 2023, in part. 93-99.

[8] Trattato sull'Unione europea, *supra*, art. 42, par. 7.

[9] Quanto all'implementazione e al superamento delle operazioni militari, v. Servizio di azione esterna dell'Unione europea, *Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence*, Bruxelles, 2023, in part. 7-18.

Organizzazione internazionale operante per il mantenimento della pace e della sicurezza nello scenario euro-atlantico a partire dal secondo dopoguerra, dall'altro, l'Unione europea la ha affiancata[10] attraverso il Trattato di Maastricht che ha istituito la Politica estera e di sicurezza comune (PESC) ai sensi del Titolo I, art. B, par. 2 e al Titolo V, art. J[11]. In particolare, è a partire dal Consiglio europeo di Colonia del 1999 che l'Unione decide di rafforzare la PESC, attraverso la Parte V del testo nelle Conclusioni della Presidenza[12].

La costruzione di una proiezione «esterna» dell'Unione, con evidenti collegamenti al tema della difesa comune europea, ha posto la necessità di individuare adeguati meccanismi di coordinamento con la NATO. Difatti, è proprio l'Alleanza atlantica a suggerire nel 1999, in occasione del *summit* dei Capi di Stato e di Governo a Washington D.C., l'esigenza di elaborare meccanismi di cooperazione con l'Unione europea maggiormente sistematici, «[…] *to strengthen the transatlantic link and Alliance solidarity as a whole*»[13]. Tale esigenza viene corrisposta dall'Unione europea attraverso la conclusione della Dichiarazione NATO-UE sulla Sicurezza europea e la Politica di Difesa del 2002 e degli Accordi *Berlin Plus* del 2003.

Per quanto concerne la Dichiarazione del 2002, in essa è riconosciuta la coerenza, la trasparenza e il rafforzamento reciproco delle capacità militari, «*with a spirit of openness*»[14], che deve caratterizzare il partenariato tra NATO e Unione europea. In particolare, il testo della Dichiarazione individua quali elementi strategici del partenariato la gestione delle crisi (c.d. *crisis managment*); la consultazione, il dialogo e la cooperazione strategica attraverso un atteggiamento di trasparenza, di uguaglianza e di *due-regard* delle capacità decisionali e operative dei due enti; il rispetto dei princìpi dello Statuto delle Nazioni Unite circa la risoluzione pacifica delle controversie internazionali e il divieto di uso della forza armata, e

---

[10] Sul punto, v. *inter alia*: J. Howorth, *NATO and ESDP: Institutional Complexities and Political Realities*, in *Politique étrangère*, 5, 2009, 95-106; F. Munari, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in L. F. Pace (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, 145-176; A. Lang, P. Mariani, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, *passim*; V. Petralia, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e di difesa*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, 2014, 348-413; A. Esteban Samà, *La politica estera di sicurezza comune dell'Unione europea* (P.E.S.C.), in S. Baldi, G. Nesi, (a cura di), *Diplomatici in azione: aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo*, Napoli, 2015, 77-82; E. Carli, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino, 2019, in part. *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune nel quadro dell'azione esterna dell'Unione europea*, 9-62.

[11] Trattato sull'Unione europea, in *O.J. C. 191*, 29.7.1992: Titolo I, art. B, par. 2: «L'Unione si prefigge i seguenti obiettivi: […] [A]ffermare la sua identità sulla scena internazionale, segnatamente mediante l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune, ivi compresa la definizione a termine di una politica di difesa comune che potrebbe, successivamente, condurre ad una difesa comune»; Titolo V, art. J: «È istituita una politica estera e di sicurezza comune, disciplinata dalle seguenti disposizioni». Occorre altresì menzionare l'art. J.4, par. 2, che recita: «L'Unione chiede all'Unione dell'Europa occidentale (UEO), che fa parte integrante dello sviluppo dell'Unione europea, di elaborare e di porre in essere le decisioni e le azioni dell'Unione aventi implicazioni nel settore della difesa. Il Consiglio adotta, d'intesa con le istituzioni dell'UEO, le necessarie modalità pratiche». Difatti, non si può sottacere l'iniziale contributo dell'UEO, che ha rappresentato la prima forma di cooperazione militare nell'Europa comunitaria, fino alla completa integrazione dell'Unione europea delle competenze in materia di difesa con il Trattato di Amsterdam del 1997. Sul punto, v. P. Bilancia, *La Politica Estera di Sicurezza Comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *ASTRID Rassegna*, 3, 2010, 8.

[12] Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza*, Colonia, 3-4 giugno 1999, Parte V, *Relazioni esterne*. Cfr. J. Howorth, *supra*, 95-101.

[13] NATO, *Washington Summit*, 23-25 aprile 1999, in part. *Enhancement of the ESDI within NATO*.

[14] NATO, Unione europea, *EU-NATO Declaration on ESDP*, 16 dicembre 2002, *Conclusioni*: «[…] NATO is supporting ESDP in accordance with the relevant Washington Summit decisions, and is giving the European Union, inter alia and in particular, assured access to NATO's planning capabilities, as set out in the NAC decisions on 13 December 2002; Both organisations have recognised the need for arrangements to ensure the coherent, transparent and mutually reinforcing development of the capability requirements common to the two organisations, with a spirit of openness».

infine la mobilità e lo scambio delle forze armate e delle capacità militari a disposizione delle due Organizzazioni[15].

Quanto riconosciuto dalla Dichiarazione del 2002 trova disciplina giuridica vincolante negli Accordi *Berlin Plus* del 2003[16]. Gli Accordi costituiscono un c.d. *package-agreement*, giacché essi racchiudono un insieme di accordi volti, *prima facie*, a garantire l'accesso alle capacità di pianificazione militare della NATO nel contesto delle operazioni di gestione delle crisi guidate dall'Unione e a disciplinare la cooperazione tra il Comandante alleato della NATO in Europa (*Deputy Supreme Allied Commander Europe*, DSACEUR), e il vice Comandante, di nomina invece dell'Unione europea. Lo strumento di cooperazione individuato dagli Accordi *Berlin Plus* conferisce competenze operative all'Unione europea in particolar modo nelle missioni concernenti il *crisis managment*, subordinando la cessione degli assetti militari della NATO al vaglio dei suoi organi decisionali, civili e militari[17]. Come dimostrato dalla prassi di cooperazione tra NATO ed UE nelle missioni in Macedonia e in Bosnia-Erzegovina del 2003[18], condotte ai sensi degli Accordi *Berlin Plus*, il regime di cooperazione è andato strutturandosi sul principio delle c.d. 3D (*no duplication, no decoupling, no discrimination*), che ha sollevato non poche perplessità quanto alle modalità di coordinamento, alle capacità operative nonché alla (in)dipendenza delle missioni dell'Unione sottoposte all'effettiva approvazione e coordinamento da parte degli assetti e delle capacità militari dell'Alleanza atlantica[19]. Tali questioni hanno comportato un sostanziale rallentamento del dialogo strategico tra NATO e UE, a causa di un'involuzione nel partenariato strategico tra le due Organizzazioni da una logica cooperativa ad una evidentemente competitiva[20].

---

[15] *Ibidem*, *Partnership*: «*[E]nsuring that the crisis management activities of the two organisations are mutually reinforcing, while recognising that the European Union and NATO are organisations of a different nature; […] Coherent, transparent and mutually reinforcing development of the military capability requirements common to the two organisations*». Sul punto, v. F. Naert, *European Union Common Security and Defence Policy Operations*, in A. Nollkaemper, I. Plakokefalos (a cura di), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, 2017, 669-700.

[16] Accordi *Berlin Plus* tra NATO e Unione europea, conclusi il 17 marzo 2003.

[17] A. Reichard, *Some Legal Issues Concerning the EU-NATO Berlin Plus Agreement*, in *Nordic Journal of International Law*, 73, 2004, 37-67. Cfr. anche J. Larik, *Arma fero, ergo sum?: the European Union, NATO and the quest for 'European Identity'*, in H. De Waele, J. Kuipers (a cura di), *The European Union's emerging international identity: views from the global arena*, Leida, 2013, 43-71.

[18] Cfr. A. Aversano Stabile, G. Lasconjarias, P. Sartori, *infra*, 5, che considerano che le missioni e le operazioni militari condotte dalle due Organizzazioni «*have been often performed in an independent fashion, with different approaches and not always well-coordinated efforts*».

[19] Cfr. S. Hill, D. Lemétayer, *NATO-EU relations. An International Law perspective*, in *The Irish yearbook of international law*, 12, 2017, 97-103; E. Carli, *supra*, in part. *Le missioni di Politica di Sicurezza e di Difesa Comune nella prassi*, 63-127; A. Ziegerhofer, *Pan-europäische Visionen einer Verteidigungs- und Sicherheitspolitik*, in A. J. Kumin, K. Schmalenbach, L.-J. Wagner, J. Schimpfhuber, H. Isak (a cura di), *Außen- und sicherheitspolitische Integration im Europäischen Rechtsraum*, Vienna, 2020, 311-328; R. A. Wessel, *The participation of members and non-members in EU foreign, security and defence policy*, in W. Douma, C. Eckes, P. van Elsuwege, E. Kassoti, A. Ott, R. A. Wessel (a cura di), *The evolving nature of EU external relations law,* Berlino, 2021, 177-201. L'efficacia degli Accordi è stata anche messa in gioco sia dalla progressiva centralità della NATO, dovuta al suo allargamento a 29 Stati membri nel 2004, sia dal graduale ampliamento delle sue competenze, anche attraverso nuove modalità di cooperazione 'civile-militare' in alcuni scenari di gestione delle crisi internazionali. Sul punto, si rimanda a H. Sjursen, *On the Identity of NATO*, in *International Affairs*, 80, 2004, 687–703. V. anche NATO, *The Enlargement of the Alliance*, in *The Istanbul Summit Media Guide*, 2004, 1-12.

[20] Per quanto riguarda la prassi, si pensi all'operazione della NATO a sostegno delle vittime dell'uragano Katrina negli Stati Uniti dell'agosto 2005, attraverso la creazione di contingenti civili e militari. Sul punto, v. M. Jochems, *NATO's growing humanitarian role*, in *NATO Review*, 2006, reperibile *online* al sito https://www.nato.int/docu/review/articles/2006/03/01/nato-s-growing-humanitarian-role/index.html. V. anche la missione civile e militare della NATO a sostegno della popolazione civile a causa del terremoto in Pakistan dell'8 ottobre 2005: NATO, *Pakistan earthquake relief operation*, 27 ottobre 2010, reperibile *online* al sito https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_50070.htm.

4. Il rilancio del partenariato: il Concetto strategico del 2010 e le Dichiarazioni congiunte del 2016 e del 2018. Il Concetto strategico della NATO del 2010, licenziato in occasione del s*ummit* dell'Alleanza atlantica a Lisbona, ha rappresentato il primo tentativo di rilanciare il partenariato tra NATO e Unione europea[21]. Sebbene in una prospettiva unilaterale, il Concetto strategico rappresenta un documento funzionale all'analisi giuridica del partenariato strategico tra NATO e UE, giacché esso rileva le principali minacce riguardanti l'ambiente strategico euro-atlantico. Tale documento, adottato mediante la regola del *consensus* da parte dei Capi di Stato e di Governo della NATO[22], viene riconosciuto quale lo strumento programmatico volto ad ampliare il mandato dell'Alleanza atlantica senza operare una procedura di revisione del Trattato Nord Atlantico, particolarmente complessa dal punto di vista procedimentale[23].

Nel documento in questione, la NATO riconosce la centralità della cooperazione con altre organizzazioni internazionali, menzionando *expressis verbis* le Nazioni Unite e l'Unione europea quali attori strategici per la prevenzione delle crisi e la gestione dei contesti conflittuali in corso e in fase di ricostruzione dello *status quo ante* (c.d. *post-conflict managment*)[24]. Nondimeno, è il punto 32 del testo a sottolineare con pragmatismo l'esigenza di individuare un partenariato strategico con l'Unione per quanto attiene alle misure da adottare per la difesa e la deterrenza del territorio europeo[25].

La rilevanza del Concetto strategico risiede nell'identificare, da un canto, la dimensione esterna della NATO attraverso la sicurezza cooperativa, d'altro canto, di riconoscere il progressivo rafforzamento, in ambito unionale, della Politica di Sicurezza e di Difesa Comune (PSDC) attraverso il Titolo V del TUE. Nonostante l'intenzione della NATO «[…] *to minimise duplication and maximise cost effectiveness*»[26] attraverso un rinnovato partenariato strategico con l'UE, resta immutato il regime di cooperazione accordato dagli Accordi *Berlin Plus*, con le conseguenti criticità operative quanto al coordinamento, al mandato e alle procedure

---

[21] Il Concetto strategico della NATO costituisce il principale documento di aggiornamento della NATO in cui l'Alleanza individua i valori e gli ambiti di operato dell'Organizzazione. Inoltre, il documento analizza le modiche riguardanti il contesto securitario euro-atlantico e definisce l'approccio della NATO alle minacce alla pace nello scenario regionale, nonché le principali sfide e opportunità che la NATO intende affrontare per il decennio successivo.

[22] In tal senso, v. S. R. Sloan, *NATO in an evolving world disorder*, in T. Tardy (a cura di), *NATO's New Strategic Concept*, Nato Defence College, 2022, Roma, 25, 22: «[…] *NATO's consensus decision-making rule, as well as traditional diplomatic respect for the sovereignty of each Ally, guarantees that the Alliance will not formally speak or act against any individual member*».

[23] NATO Parliamentary Assembly, *Contribution to NATO's New Strategic Concept*, 2021-2022, reperibile *online* al sito https://www.nato-pa.int/document/nato-pa-contribution-natos-new-strategic-concept. V. anche NATO, *NATO 2030: United for a New Era, Analysis and Reccomendations of the Reflection Group appointed by the NATO Secretary General*, Bruxelles, 25 novembre 2020, in part. 5-22.

[24] NATO, *Strategic Concept for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organization*, 2010, Lisbona, Prefazione, pt. 2: «*[The Strategic Concept] commits the Alliance to prevent crises, manage conflicts and stabilize post-conflict situations, including by working more closely with our international partners, most importantly the United Nations and the European Union*».

[25] *Ivi*, pt. 32, par. 2: «*An active and effective European Union contributes to the overall security of the Euro-Atlantic area. Therefore the EU is a unique and essential partner for NATO. The two organisations share a majority of members, and all members of both organisations share common values. NATO recognizes the importance of a stronger and more capable European defence. We welcome the entry into force of the Lisbon Treaty, which provides a framework for strengthening the EU's capacities to address common security challenges. […] NATO and the EU can and should play complementary and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security. We are determined to make our contribution to create more favourable circumstances through which we will: - fully strengthen the strategic partnership with the EU, in the spirit of full mutual openness, transparency, complementarity and respect for the autonomy and institutional integrity of both organisations […]*».

[26] *Ibidem*.

operative *de quo*.
Tale circostanza ha spinto le due Organizzazioni ad individuare un nuovo strumento giuridico di cooperazione internazionale, costituito dalle dichiarazioni congiunte. Dal punto di vista della natura giuridica, le dichiarazioni congiunte non possiedono efficacia vincolante[27]. Inoltre, le dichiarazioni congiunte hanno un contenuto prevalentemente programmatico, per quanto attiene agli impegni che le parti si assumono attraverso la firma del documento[28]. Quanto alla loro conclusione, il procedimento di adozione si presenta particolarmente celere, richiedendo soltanto, nel caso della NATO, la firma del Segretario generale e, nel caso dell'UE, quella dei Presidenti della Commissione e del Consiglio europeo[29].
Ergo, è nel 2016 e nel 2018 che vengono licenziate le prime due Dichiarazioni congiunte tra NATO e Unione europea.
La prima Dichiarazione del 2016 sottolinea il rafforzamento della sicurezza cooperativa con riguardo alle attività di deterrenza e di difesa del territorio europeo, nel fianco Sud e nel fianco Est[30]. Diverse sono le aree di cooperazione strategica menzionate, tra cui figurano la collaborazione tra l'operazione *Sea Guardian* della NATO e l'operazione *Sophia* dell'EUNAVFOR (*European Union Naval Force*) nel Mediterraneo; lo scambio di informazioni e la condivisione delle migliori pratiche in materia di sicurezza informatica; il miglioramento degli strumenti di coordinamento nei rispettivi processi di pianificazione della difesa; l'aumento della mobilità militare attraverso procedure per il rapido attraversamento delle frontiere; lo scambio di conoscenze e competenze nella lotta al terrorismo sia a livello europeo che con i Paesi partner a livello universale[31].
Gli impegni annunciati nel testo del 2016 trovano ulteriore approfondimento nella seconda Dichiarazione congiunta del 10 luglio 2018[32], che analizzano la cooperazione tra i due enti

[27] C. Bradley, J. L. Goldsmith, O. A. Hathaway, *The Rise of Nonbinding International Agreements: An Empirical, Comparative, and Normative Analysis*, in *University of Chicago Law Review*, 90, 2023, in part. 1304-1306; M. Prietz, *Weiches Recht und normative Härtung,* Tübingen, 2023, *passim*. V. come esempi di prassi, *inter alia*, Dichiarazione congiunta di Russia e Cina sulla Promozione e i Principi di diritto internazionale, conclusa il 25 giugno 2016, Dichiarazione congiunta di Russia e Iran sulla Promozione del diritto internazionale, conclusa il 16 giugno 2020, la Dichiarazione congiunta dell'*Eastern Partnership Summit* tra Unione europea e Armenia, Azerbaijan, Georgia, Moldavia e Ucraina, conclusa il 15 dicembre 2021, la Dichiarazione congiunta sul Summit UE-USA, conclusa il 20 ottobre 2023.
[28] Sul punto, v. Dipartimento di Stato americano degli Stati Uniti d'America, *International Documents of a Non-Legally Binding Character*, reperibile *online*, 1: «*[…] These documents are sometimes referred to as non-binding agreements, gentlemen's agreements, joint statements or declarations. The title of the document is not determinative as to whether it establishes legal obligations, but rather the intent of the parties, as reflected in the language and context of the document, the circumstances of its conclusion, and the explanations given by the parties*». Cfr. sulla prassi più recente: I. C. Maher, *Revisiting soft law*, in M Eliantonio, E. Korkea-aho, O. Stefan (a cura di), *EU soft law in the member states*, Oxford, 2021, 21-38; F. Jiménez García, *Derecho internacional líquido*, Cizur Menor (Navarra), 2021, Cap. 1, *Futurismo Jurídico Y Derecho Líquido Global. El Soft Law: De Pre-Derecho A Para-Derecho*, 21-74; C. A. Bradley, J. L. Goldsmith, O. A. Hathaway, *supra*, 1281-1364.
[29] Per la NATO, v. Consiglio Nord Atlantico, *Reorganization of the North Atlantic Treaty Organization*, Note by the Executive Secretary, Document C9-D/4, 17 marzo 1952, in part. par. 17; per l'Unione europea, v. Trattato sull'Unione europea, *supra*, art. 15, par. 6 per il Presidente del Consiglio europeo; art. 17, par. 6, per il Presidente della Commissione eruopea. V. anche C. Bradley, J. L. Goldsmith e O. A. Hathaway, *supra*, 1358-1360.
[30] Dichiarazione congiunta UE-NATO, conclusa l'8 luglio 2016, par. 1. Cfr. A. Aversano Stabile, G. Lasconjarias, P. Sartori, *NATO-EU Cooperation to Project Stability*, in *Documenti IAI 18*, 2018, 6-9.
[31] Dichiarazione congiunta UE-NATO, *supra*, pt. 5: «*In light of the common challenges we are now confronting, we have to step-up our efforts: we need new ways of working together and a new level of ambition; because our security is interconnected; because together we can mobilize a broad range of tools to respond to the challenges we face; and because we have to make the most efficient use of resources. A stronger NATO and a stronger EU are mutually reinforcing. Together they can better provide security in Europe and beyond*».
[32] Dichiarazione congiunta UE-NATO, conclusa il 10 luglio 2018.

nei settori della mobilità militare, dell'antiterrorismo e del rafforzamento della resilienza ai rischi chimici, biologici, radiologici e nucleari, attraverso rinnovate forme di cooperazione civile-militare in grado di vedere coinvolte unità sia della NATO che dell'Unione europea[33].

5. Convergenza e complementarità delle competenze securitarie attraverso il Compasso strategico dell'Unione europea e il Concetto strategico della NATO. Nel 2022 si assiste ad un'importante fase di convergenza del partenariato strategico tra NATO e Unione europea, attraverso il primo Compasso strategico dell'Unione europea per la sicurezza e la difesa e l'aggiornamento del Concetto strategico della NATO.

Il Compasso strategico per la sicurezza e la difesa costituisce il primo documento dell'Unione europea volto ad inquadrare la Politica di sicurezza e di difesa comune nel contesto securitario regionale e internazionale[34]. Il Compasso strategico è stato adottato il 21 marzo 2022 dal Consiglio dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 42, par. 4, TUE, che prevede, per gli atti adottati nell'ambito della Politica di sicurezza e di difesa comune, la deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio dell'Unione europea su proposta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro[35].

Tali documenti, dal punto di vista formale, si ascrivono nella categoria giuridica dei c.d. atti «atipici» non previsti dai Trattati[36], vale a dire quell'insieme di atti qualificati come conclusioni, risoluzioni o orientamenti adottati dal Consiglio dell'Unione europea alla fine delle sue riunioni che contengono la posizione dell'organo circa talune questioni europee o internazionali, con la caratteristica di possedere una portata generale, ancorché non giuridicamente vincolante[37].

Per quanto riguarda i contenuti del Compasso, si ribadisce che la NATO «[…] *remains the foundation of collective defence for its members*»[38]: il rapporto tra le due Organizzazioni si estrinseca infatti attraverso i princìpi di inclusività, reciprocità e autonomia decisionale dell'Unione[39], designando l'Alleanza atlantica quale il principale *partner* regionale che definisce e regola gli strumenti di deterrenza e di difesa collettiva nel contesto euro-atlantico. Particolarmente interessante è l'intenzione del documento di operare un bilanciamento del mandato dell'UE in materia di difesa, tra l'autonomia operativa affermata a più riprese dal Compasso strategico dell'Unione, ai sensi del rafforzamento della PSDC nei Trattati UE e mediante la PESCO,

[33] Non di poco conto è, inoltre, l'istituzione da parte dell'Unione europea di una cooperazione rafforzata in materia di sicurezza e di difesa comune, la cooperazione strutturata permanente disciplinata ex art. 42, par. 6 del TUE e dal Protocollo 10 del TUE. Sul punto, v. Dichiarazione congiunta UE-NATO, *supra*, pt. 7. Cfr. F. Naert, *supra*, in part. 674-687.

[34] Consiglio dell'Unione europea, *A Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security*, 7371/22, Buxelles, 21 Marzo 2022, reperibile *online* al sito https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/en/pdf.

[35] Trattato sull'Unione europea, *supra*, art. 42, par. 4: «Le decisioni relative alla politica di sicurezza e di difesa comune, comprese quelle inerenti all'avvio di una missione di cui al presente articolo, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro. L'alto rappresentante può proporre il ricorso sia ai mezzi nazionali sia agli strumenti dell'Unione, se del caso congiuntamente alla Commissione».

[36] Sul punto, si rimanda ad autorevole dottrina, che qualifica tali atti come «singolari» (G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 166) o «anomali» (L. Ferrari Bravo, E. Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2002, 172).

[37] Cfr. A Di Pascale, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2017, 170-178.

[38] V. *Foreword by HR/VP Josep Borrell*, Bruxelles, 2023, reperibile *online* al sito https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/strategic_compass_en3_web.pdf, 10.

[39] *Ivi,* 10: «*The transatlantic relationship and EU-NATO cooperation, in full respect of the principles set out in the Treaties and those agreed by the European Council, including the principles of inclusiveness, reciprocity and decision-making autonomy of the EU, are key to our overall security*».

con il riconoscimento di una complementarità rispetto all'operato della NATO nel contesto securitario[40]. In aggiunta, il documento qualifica le dichiarazioni congiunte come «*key pillars of this cooperation*»[41], in grado di revisionare costantemente il regime di cooperazione tra le due Organizzazioni per incrementare la sicurezza cooperativa tra NATO e Unione europea nelle diverse forme di cooperazione strategica individuate dal Compasso del 2022[42].

Dalla prospettiva della NATO, il 29 giugno 2022 i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri della NATO aggiornano il Concetto strategico dell'Alleanza atlantica in occasione del Summit di Madrid[43].

In chiave speculare, è quindi la NATO a riconoscere, al punto 27 del documento, l'esigenza di integrare le sue attività di difesa e di deterrenza attraverso una maggiore sinergia con l'Unione europea[44], con una declinazione al contrasto internazionale al terrorismo[45], alla gestione delle crisi[46] e, inevitabilmente, alla sicurezza cooperativa[47].

Da un canto, il documento pone in evidenza, al punto 43, l'interoperabilità della NATO con la PSDC[48]. A tal proposito, la NATO qualifica l'Unione europea come un partner «unico e essenziale [trad.]»[49], tenendo conto del progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione nella PSDC[50]. D'altro canto, per l'Alleanza il regime di cooperazione con l'Unione deve essere strutturato su una triplice logica: la complementarità, la coerenza e il rafforzamento reciproco[51], volendo con ciò ribadire il ruolo primario della NATO quanto alla difesa e alla deterrenza nel contesto regionale euro-atlantico[52]. Ciononostante, la NATO articola il rapporto con l'UE anche in una logica di coerenza e di rafforzamento reciproco, in virtù dei significativi progressi che hanno caratterizzato la difesa comune europea e, dunque, con l'intenzione di non sovrapporre le competenze operative della NATO con le funzioni svolte dall'Unione europea. Viene, dunque, in rilievo la necessità di un coordinamento sistematico, in grado di sviluppare opportuni meccanismi di cooperazione tra un modello di difesa e di deterrenza «classico», basato sul ruolo centrale della NATO, ed uno «innovativo», nel quale le due Organizzazioni condividono la medesima funzione

---

[40] *Ivi*, 23: «*Recent geopolitical shifts remind us that the EU urgently needs to take more responsibility for its own security by acting in its neighbourhood and beyond, with partners whenever possible and alone when necessary. The strength of our Union lies in unity, solidarity and determination. […] A stronger and more capable EU in security and defence will contribute positively to global and transatlantic security and is complementary to NATO, which remains the foundation of collective defence for its members. These two go hand in hand*». Sul punto, v. anche A. Wessel, *supra*, 180-193.

[41] *Foreword by HR/VP Josep Borrell*, *supra*, 23.

[42] V. Servizio di azione esterna dell'Unione europea, *Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence*, Marzo 2023, 1-24, reperibile *online* al sito https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/StrategicCompass_1stYear_Report.pdf.

[43] NATO, *Concetto Strategico della NATO* (*NATO Strategic Concept 2022*), adottato il 29 giugno 2022, 1-13, reperibile *online* al sito https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf.

[44] *Ivi*, pt. 27.

[45] *Ivi*, pt. 34.

[46] *Ivi*, pt. 39.

[47] *Ivi*, pt 43: «*The European Union is a unique and essential partner for NATO. NATO Allies and EU members share the same values. NATO and the EU play complementary, coherent and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security. […] NATO recognises the value of a stronger and more capable European defence that contributes positively to transatlantic and global security and is complementary to, and interoperable with NATO. Initiatives to increase defence spending and develop coherent, mutually reinforcing capabilities, while avoiding unnecessary duplications, are key to our joint efforts to make the Euro-Atlantic area safer*».

[48] *Ibidem*.

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*.

[51] Cfr. J. Howorth, *supra*, 98-100; S. Hill, D. Lemétayer, *supra*, 97-103.

[52] V. *infra* par. 7.

difensiva, in particolar modo alla luce delle più recenti minacce alla pace che possono interessare il territorio euro-atlantico.

6. La Dichiarazione congiunta UE-NATO del 2023 e il rafforzamento della cooperazione in materia di difesa. La terza Dichiarazione congiunta del 10 gennaio 2023[53] approfondisce il partenariato strategico tra le due Organizzazioni, considerando come il Compasso strategico dell'UE e il Concetto strategico della NATO costituiscano allo stato «[…] *a key juncture for Euro-Atlantic security and stability, more than ever demonstrating the importance of the transatlantic bond, calling for closer EU-NATO cooperation*»[54]. Il documento del 2023 ribadisce le caratteristiche del ruolo dell'UE in rapporto al suo partenariato con la NATO[55], ossia la complementarità, la coerenza e il rafforzamento reciproco nell'azione di difesa e di deterrenza per quanto attiene al contesto geografico europeo[56].

La *ratio* della Dichiarazione è dunque quella di riaffermare un regime di cooperazione attraverso la complementarità delle competenze securitarie dell'Unione rispetto al mandato dell'Alleanza atlantica. In aggiunta, la Dichiarazione riconosce come, seppur il partenariato strategico abbia ormai raggiunto il ventesimo anno dalla sua istituzione attraverso gli Accordi *Berlin Plus*, il rapporto tra le due Organizzazioni sia stato efficacemente implementato a partire dalle prime due Dichiarazioni congiunte del 2016 e del 2018[57]. Per tale motivo il documento, pur richiamando gli Accordi di *Berlin Plus* quale componente giuridica che ha significativamente contribuito ad istituire la disciplina del partenariato strategico tra Unione europea e NATO, pone rilievo alle successive evoluzioni del partenariato attraverso la prassi delle Dichiarazioni congiunte, che costituiscono, allo stato attuale, lo strumento di cooperazione in grado di rafforzare gradualmente il confronto tra le due Organizzazioni in merito alle più svariate questioni securitarie.

Infine, per quanto attiene ai seguiti della Dichiarazione congiunta del 2023, il 16 marzo 2023 è stata creata una *task-force* congiunta sulla resilienza delle infrastrutture critiche[58]. L'iniziativa riunisce funzionari della NATO e dell'Unione europea, con l'obiettivo di focalizzare la cooperazione strategica nel settore della difesa e della resilienza di quattro settori critici: energia, trasporti, infrastrutture digitali e spazio[59]. L'istituzione della *task force* appena richiamata è solo una tra le più recenti aree di cooperazione che hanno evidenziato il rafforzamento del partenariato strategico tra le due Organizzazioni: come infatti considerato dal più recente rapporto sull'implementazione delle relazioni tra UE e NATO del 2023[60], la

---

[53] *Dichiarazione congiunta sulla cooperazione UE-NATO* (*Joint Declaration on EU-NATO Cooperation*), conclusa il 10 gennaio 2023.

[54] *Ivi*, pt. 7.

[55] *Ivi*, pt. 8: «*NATO remains the foundation of collective defence for its Allies and essential for Euro Atlantic security. We recognise the value of a stronger and more capable European defence that contributes positively to global and transatlantic security and is complementary to, and interoperable with NATO*».

[56] *Ivi*, pt. 9: «*Our mutually reinforcing strategic partnership contributes to strengthening security in Europe and beyond. NATO and the EU play complementary, coherent and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security. We will further mobilize the combined set of instruments at our disposal, be they political, economic or military, to pursue our common objectives to the benefit of our one billion citizens*».

[57] *Ivi*, pt. 10: «*Building on the 2016 Warsaw Joint Declaration and the 2018 Brussels Joint Declaration, which significantly expanded the breadth and depth of our partnership established more than twenty years ago, we have achieved unprecedented progress across all areas of cooperation*».

[58] NATO, *NATO and European Union launch task force on resilience of critical infrastructure*, Bruxelles, 2023, reperibile *online* al sito https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_212874.htm.

[59] Il primo rapporto, a firma congiunta di NATO e Unione europea, è stato rilasciato il 29 giugno 2023: v. Task force di UE-NATO sulla resilienza delle infrastrutture critiche, *Final Assessment Report*, giugno 2023, 1-10.

[60] UE-NATO, *Eight progress report on the implementation of the common set of proposals endorsed by EU and NATO Councils on 6 December 2016 and 5 December 2017*, pubblicato il 16 giugno 2023.

cooperazione si è ulteriormente intensificata anche nelle politiche di contrasto alle minacce ibride, nella cybersicurezza, nell'industria della difesa, nella ricerca scientifica, nelle esercitazioni congiunte, nel *capacity building* civile-militare e nel dialogo politico tra i rappresentanti delle due Organizzazioni[61].

7. Alcune considerazioni sull'evoluzione del partenariato strategico alla luce dei più recenti sviluppi. Obiettivo precipuo della Dichiarazione congiunta del 2023 è il rafforzamento della sicurezza cooperativa tra le due Organizzazioni in esame. La nozione di sicurezza cooperativa, non giuridica ma politica, qualifica un approccio internazionale che mira a incrementare la sicurezza attraverso la cooperazione tra soggetti statali e organizzazioni internazionali che contribuiscono al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, sia in chiave universale che regionale[62]. La difesa cooperativa, ai fini dell'analisi del partenariato strategico UE-NATO, abbraccia anche la sicurezza umana[63] e la promozione della sicurezza internazionale, quest'ultimo obiettivo indirizzato a Stati terzi che possono essere interessati da fenomeni di instabilità, di conflitto o di (in)sicurezza regionale[64].

Ai fini dell'inquadramento giuridico della nozione di sicurezza cooperativa nell'ambito del partenariato strategico oggetto di analisi, la Dichiarazione congiunta del 2023 pare focalizzarsi sull'implementazione di un'azione securitaria coerente e opportunamente condivisa tra l'Unione europea e la NATO. Per quanto attiene alla ripartizione delle competenze securitarie, è anzitutto opportuno chiarire che la Dichiarazione congiunta non intende bilanciare *ex novo* la complementarità dell'Unione alla NATO, più volte richiamata nei documenti programmatici. In altri termini, l'obiettivo della Dichiarazione è quello di implementare il partenariato strategico sulla base delle funzioni che sono giuridicamente attribuite alle due Organizzazioni, focalizzando la cooperazione su specifiche aree di interesse strategico per la NATO e per l'Unione europea (unità di comunicazione, quartier generale, funzionari militari e personale civile, *crisis managment* e scambio di informazioni classificate[65]). Un effetto positivo direttamente ascrivibile alle Dichiarazioni congiunte è quello di individuare un sistema di responsabilizzazione di entrambe le Organizzazioni quanto al

---

[61] *Ivi*, 2: «*The NATO-EU strategic partnership continues to be taken forward in full respect of the agreed guiding principles enshrined in the three Joint Declarations on EU-NATO cooperation. In light of the current challenges to international peace and stability, and with the full engagement and continued support by all NATO Allies and EU Member States, as underscored in both the EU Strategic Compass and the NATO Strategic Concept as well as the third Joint Declaration, the two staffs remain firmly committed to further strengthen, deepen and expand our mutually beneficial cooperation by exploring avenues for further collaboration across all existing work strands, as well as in new areas such as climate and defence, space, and new technologies*».

[62] Sul punto, v. R. Cohen, *Cooperative Security: From Individual Security to International Stability*, in R. Cohen, M. Mihalka (a cura di), *Cooperative Security: New Horizons for International Order*, Garmisch-Partenkirchen, 2001, 1.

[63] V. R. Cohen, *supra*, 8. Nello specifico, la NATO individua nella nozione di sicurezza umana l'insieme di operazioni, missioni e attività che l'Organizzazione dispiega sia nel contesto euro-atlantico che in quello internazionale per far fronte a rischi o minacce alla popolazione civile. V. NATO, *Human security*, reperibile *online* al sito https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_181779.htm.

[64] R. Cohen, *Cooperative Security: From Individual Security to International Stability*, *supra*, 9. V. anche B. Ramcharan, *A New International Law of Security and Protection*, in *UN Chronicle*, *Implementing the 2030 Agenda: The Challenge of Conflict*, LII, 2015, *passim*. Tale concetto risponde ad una logica preventiva, in cui la promozione della sicurezza consente di limitare e, ove possibile, evitare, l'insorgere di nuovi conflitti armati, sia a carattere interno che internazionale. Cfr. G. Oberleitner, *Human Security: A Challenge to International Law?*, in *Global Governance*, 11, 2005, 185–203; C.M. Baillietm, K. Mujezinović Larsen, *Introduction: Promoting Peace through International Law*, in M. C. Baillietm, K. Mujezinović Larsen (a cura di), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford, 2015, 1-18.

[65] Sul punto, v. A. Reichard, *supra* nota 15, 37-67; F. Graziani, *Lo spazio di sicurezza europeo. L'Unione europea e i suoi rapporti con la NATO e con l'OSCE,* Napoli, 2007, *passim*; S. Blockmans, S. Coban, H. Suzen, F. Yilmaz, *North Atlantic Treaty Organization (NATO): Reinforcing EU-NATO Cooperation – Walking the Talk?*, in R. A. Wessel, J. Odermatt (a cura di), *Research Handbook on the European Union and International Organizations,* Cheltenham, 2019, *passim*.

rafforzamento reciproco degli obiettivi securitari che UE e NATO condividono, sia sul piano giuridico-formale che su quello politico-sostanziale. Ciò si traduce nell'elaborazione di un meccanismo di *accountability*, da intendersi nell'ordinamento giuridico internazionale quale condotta specifica che, per quanto riguarda un'organizzazione internazionale, contribuisce alla formalizzazione di comportamenti costruttivi e responsabili per conto dei propri organi e dei diversi funzionari attraverso il rafforzamento di pratiche, strumenti e metodologie correlate all'amministrazione e alla gestione delle diverse funzioni attribuite all'ente[66]. Nel contesto del partenariato strategico NATO-UE, l'*accountability* favorisce un regime di cooperazione in cui i due enti si impegnano ad approfondire diverse questioni securitarie condividendo le informazioni, le buone pratiche e le prassi comportamentali con gli organi e i funzionari appartenenti alla NATO e all'Unione europea.

Occorre parimenti considerare, in chiave critica, l'interazione tra i diversi regimi giuridici che hanno caratterizzato il partenariato strategico, in misura particolare gli Accordi *Berlin Plus* e le tre Dichiarazioni congiunte. L'elemento distintivo tra le due categorie di atti è, anzitutto, la vincolatività dei primi rispetto ai secondi. Alla luce delle criticità degli Accordi precedentemente richiamate (e del successivo rilancio della cooperazione NATO-UE attraverso le Dichiarazioni congiunte) non può tuttavia accogliersi l'ipotesi circa l'estinzione degli Accordi *Berlin Plus* per causa di desuetudine[67]. *In primis*, poiché il regime di cooperazione tra NATO e Unione europea a partire dagli Accordi *Berlin Plus* ha subito un graduale processo di implementazione nel corso degli ultimi due decenni, e non invece una mancata applicazione continuata nel tempo degli Accordi. In secondo luogo, poiché le Dichiarazioni congiunte hanno volutamente operato un graduale *iter* di rafforzamento del partenariato strategico proprio sui presupposti giuridici riconosciuti dagli Accordi *Berlin Plus*. Da ultimo, poiché il regime di cooperazione, seppur opportunamente revisionato alla luce dell'evoluzione delle dinamiche securitarie nel contesto europeo, attribuisce tutt'oggi centralità alla NATO quanto alla difesa e alla sicurezza nel territorio euro-atlantico e una complementarità dell'azione unionale in materia, elemento questo sotteso tanto agli Accordi quanto alle più recenti Dichiarazioni congiunte. È, dunque nell'ottica giuridico-evolutiva che va compresa la questione del partenariato strategico, considerando non la sostituzione di una forma o di un regime di cooperazione rispetto ad un altro, quanto piuttosto l'interazione tra differenti sistemi giuridici all'uopo capaci di strutturare, in misura coerente con l'evoluzione delle due Organizzazioni, il partenariato strategico tra NATO e Unione europea.

8. La diversa ratio di NATO e UE nel partenariato strategico. Alla luce di quanto osservato, emerge che il partenariato strategico tra NATO e Unione europea è caratterizzato da una *ratio* che, seppur tesa al medesimo obiettivo della sicurezza cooperativa, possiede logiche di coordinamento diverse per le due Organizzazioni.

Per quanto riguarda la NATO, l'obiettivo fondamentale è quello di designare un meccanismo di difesa attraverso un regime di cooperazione coordinato con il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (*ex* artt. 5 e 7 Trattato Nord Atlantico) e coerente nel suo operato a livello regionale con l'Unione europea, riconoscendo, nell'ultimo caso, un ruolo della NATO *in positio princeps*. In tale frangente, la NATO concepisce la sicurezza cooperativa in una

[66] Cfr. V. Röben, *Accountability*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Heidelberg, 2020, 1-13.

[67] Cfr. G. Fitzmaurice, *Document A/CN.4/107* (Second report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur) in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1957, 48: «*Indeed it would be possible to point to a number of treaties centuries old, framed in archaic language, and seldom invoked in terms or referred to by the parties, which the latter nevertheless regard as being still in force*». Sul punto, v. *inter alia*: J. Wouters, S. Verhoeven, *Desuetudo*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Heidelberg, 2008; M. G. Kohen, *Desuetude and Obsolescence of Treaties*, in E. Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 350-360.

prospettiva onnicomprensiva, tesa a sistematizzare il suo rapporto sia con il Consiglio di sicurezza, a livello universale, sia con l'Unione europea, sul piano regionale.
Di converso, la *ratio* del partenariato strategico dell'Unione europea con la NATO è quella di rafforzare progressivamente la PSDC, che rappresenta una politica *in itinere* del processo di integrazione europea. L'intento dell'Unione, allo stato attuale, non è quello di assumere a sé competenze proprie della NATO quanto al mantenimento della pace nel regionalismo europeo, quanto piuttosto quello di rafforzare la PSDC attraverso il partenariato strategico con l'Alleanza atlantica. Difatti, la priorità dell'Unione è quella, da un canto, di istituire efficaci meccanismi di coordinamento con la NATO nell'ambito della difesa e della sicurezza del territorio europeo, dall'altro, di utilizzare lo strumento del partenariato strategico quale mezzo funzionale alla progressiva implementazione della PSDC.
In altri termini, la NATO accorda al partenariato strategico una vocazione prevalentemente «esterna», con l'obiettivo di articolare organicamente il suo mandato con il Consiglio di sicurezza e con l'Unione europea. Di converso, l'Unione riconosce al partenariato strategico una *ratio* di particolare utilità in una logica unionale «interna», per la progressiva implementazione della PSDC e il rafforzamento di una difesa cooperativa complementare e coerente rispetto alla NATO.

9. Osservazioni conclusive. Il partenariato strategico tra NATO e Unione europea costituisce un *regional arrangement* tanto prolifico quanto articolato su modelli di cooperazione in continuo sviluppo, per inquadrare le competenze di attribuzione dei due enti sotto il profilo securitario. Gli strumenti finora richiamati hanno contribuito ad aggiornare progressivamente le competenze operative delle due Organizzazioni nell'ambito della difesa cooperativa per quanto attiene alle loro funzioni securitarie nel contesto euro-atlantico.
I due Concetti strategici della NATO (rispettivamente, del 2010 e del 2022) e il Compasso strategico dell'Unione del 2022 costituiscono i principali strumenti di cooperazione attraverso cui è stata rilanciata, in chiave strategico-programmatica, la difesa cooperativa tra NATO e Unione europea. In aggiunta, rileva il sempre più frequente utilizzo dello strumento delle Dichiarazioni congiunte, come evidenziato dalla prassi del partenariato nell'ultimo decennio, attraverso l'adozione delle tre Dichiarazioni nel 2016, nel 2018 e nel 2023. In quanto strumenti non giuridicamente vincolanti, le dichiarazioni congiunte hanno avviato un regime di cooperazione flessibile, in grado di adattare le competenze operative alle funzioni attribuite dai trattati istitutivi delle due Organizzazioni in materia securitaria. *Ergo*, è presumibile attendersi che tale strumento di coordinamento venga ulteriormente impiegato nei prossimi anni per incrementare la cooperazione tra NATO e Unione europea sulle questioni securitarie proprie del regionalismo euro-atlantico, al fine di garantire complementarità nei rispettivi mandati, coerenza giuridica e, soprattutto, efficacia operativa per quanto concerne l'obiettivo della difesa cooperativa.
In una prospettiva futura, nell'ottica del progressivo superamento della complementarità dell'Unione europea rispetto al mandato della NATO e in vista di un possibile allineamento delle competenze operative tra le due Organizzazioni, si porrà, presumibilmente, una questione concernente la ripartizione di talune funzioni securitarie per quanto attiene al partenariato strategico tra i due enti, sia nella loro prospettiva di coordinamento, che, ai sensi del Capitolo VIII della Carta ONU, nell'articolazione delle loro funzioni con il sistema onusiano. Nondimeno, tale questione, allo stato ancor ipotetica, sarà necessariamente condizionata all' effettivo rafforzamento nei prossimi decenni della PSDC, obiettivo questo tutt'altro che prevedibile.

Abstract. Il partenariato strategico tra NATO e Unione europea è stato interessato da regimi

di cooperazione particolarmente complessi ed eterogenei nel corso degli ultimi due decenni. Se, da un lato, la NATO ha progressivamente aggiornato le competenze nel settore della difesa e della sicurezza ai sensi del Trattato Nord Atlantico, dall'altro, anche l'Unione europea ha assistito ad un importante implementazione della Politica di sicurezza e di difesa comune nel processo di integrazione europea. Scopo del seguente lavoro è analizzare l'evoluzione del regime giuridico concernente il partenariato strategico tra le due Organizzazioni, che è gradualmente riuscito a superare le principali criticità attinenti al coordinamento, in ambito securitario, tra NATO e UE. Come evidenziato dalla prassi, tale partenariato ha previsto l'elaborazione di strumenti di cooperazione particolarmente flessibili, come è il caso delle tre Dichiarazioni congiunte, firmate nel 2016, nel 2018 e nel 2023. Dal punto di vista giuridico, le Dichiarazioni congiunte hanno consentito di rilanciare il partenariato strategico nell'ottica della complementarità, della coerenza e del rafforzamento reciproco di NATO e UE e di adattare le competenze securitarie dei due enti in numerosi settori strategici per la sicurezza del territorio euro-atlantico.

Abstract. The strategic partnership between NATO and the European Union has been impacted by particularly complex and heterogeneous legal regimes of cooperation over the past two decades. While, on the one hand, NATO has progressively updated its defence and deterrence competences under the North Atlantic Treaty, on the other hand, the European Union has witnessed an important implementation of the Common Security and Defence Policy in the European integration process. The purpose of the following work is to analyse the evolution of the legal regime concerning strategic partnership between the two Organisations, which has gradually managed to overcome the main critical issues concerning the coordination, in the security field, between NATO and the EU. As confirmed by the practice, this partnership has provided for the development of particularly flexible instruments of cooperation, as is the case with the three Joint Declarations, signed in 2016, 2018 and 2023. From a legal point of view, the Joint Declarations have made it possible to relaunch the strategic partnership with a view to complementarity, coherence and mutual reinforcement of NATO and the EU to adapt the security competences of the two organizations in many strategic sectors for the security of the Euro-Atlantic territory.

Parole chiave. NATO – Unione europea – partenariato strategico – difesa cooperativa – deterrenza nel contesto euro-atlantico.

Key words. NATO – European Union – strategic partnership – cooperative defence – deterrence in the Euro-Atlantic context.

LUCI E OMBRE SULLA TUTELA DELLE MINORANZE NELL'EUROPA DEI DIRITTI*. RIFLESSIONI A MARGINE DI ALCUNE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

di Sabrina Praduroux**

Sommario. 1. La «società democratica» nello specchio della giurisprudenza della Corte EDU. – 2. Pluralismo e tutela dei diritti delle minoranze. – 3. La Corte EDU e la diversità (non) presa sul serio. – 4. Riflessioni conclusive.

1. La «società democratica» nello specchio della giurisprudenza della Corte EDU.

Strumento della guerra fredda,[1] la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è – per lo meno nelle intenzioni dei sui redattori – il «*code of law for the democracies*»[2] e la Corte EDU, nella sua veste di garante della Convenzione, ha il compito di allertare il Consiglio d'Europa ogni qualvolta il carattere democratico di uno degli Stati membri, sia minacciato da derive autocratiche e illiberali.

Jean-Paul Costa, ex giudice e presidente della Corte EDU, ha efficacemente descritto la CEDU come lo «scheletro che sostiene e protegge uno Stato democratico», «rimpolpato» dalla Corte EDU attraverso una vasta giurisprudenza, sviluppata a partire dai ricorsi presentati tanto contro le democrazie più stabili e mature, che contro quelle emergenti.[3]

La Corte EDU, dal canto suo, ha costantemente affermato che «la democrazia è l'unica forma di governo contemplata dalla Convenzione, nonché l'unica compatibile con essa»,[4] e ha attribuito al concetto di «società democratica» la funzione cruciale di limite delle limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il richiamo a «una società democratica» come parametro per valutare la proporzionalità delle restrizioni a quest'ultimi poste dalle autorità nazionali[5], fornisce infatti alla Corte EDU un

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professoressa Associata di diritto privato comparato – Università di Torino.

[1] U. Tulli, *I diritti umani nella Guerra Fredda : nuove proposte e nodi interpretativi*, in *Mondo contemporaneo: rivista di storia* 2, 2021, pp. 166-167, descrive la CEDU come «un manifesto antitotalitario ed anticomunista che definiva le coordinate geografiche di una 'Europa dei diritti' contrapposta all'altra Europa, quella a guida sovietica, che proprio in virtù della violazione dei diritti umani veniva denunciata come continuazione del totalitarismo nazista».

[2] Cfr. Consiglio d'Europa, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, Vol. II, The Hague, 1975, 4. Lo scopo ultimo del sistema di tutela dei diritti fondamentali istituito con la CEDU è: «garantire che gli Stati membri del Consiglio d'Europa siano e restino democratici». *Ibidem*, 60 [traduzione dell'Autore].

[3] J.-P. Costa, *The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights*, discorso tenuto a Helsinki il 5 giugno 2008, pubblicato sul sito della Corte EDU https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20080605_Costa_Helsinki_ENG.

[4] Corte EDU [G.C.], *Gorzelik e altri c. Polonia*, 17 febbraio 2004, para. 89 [traduzione dell'Autore].

[5] Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, qualsiasi limitazione del contenuto - e/o all'esercizio – di uno dei diritti o delle libertà garantiti dalla Convezione deve sottostare a tre requisiti: un requisito di legalità; un requisito di legittimità; e un requisito di proporzionalità. Nel testo degli artr. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (Libertà di espressione), 11 (Libertà

indispensabile appiglio per esercitare il proprio controllo, garantendo che la democrazia non si riduca a mero maggioritarismo.
Attraverso la propria giurisprudenza, la Corte EDU definisce non soltanto il contenuto dei diritti fondamentali, ma anche i limiti entro i quali essi possono e devono essere protetti affinché sia garantita la democrazia. Ciò implica che il diritto CEDU concorre a definire, sul piano europeo, il contenuto e i limiti del concetto stesso di democrazia[6].
Quali sono, dunque, esattamente le caratteristiche di una «società democratica» secondo la Corte EDU? Ovvero, quando può un dato Stato essere definito come democratico ai sensi del diritto CEDU?
Per rispondere a queste domande, la Corte EDU ha preso le mosse dal richiamo, nel Preambolo della CEDU, all'esistenza di un «patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto» proprio degli Stati europei[7].
Sulla base di queste tradizioni e valori comuni, la Corte EDU ha forgiato un archetipo di società pluralista, in cui identità e culture differenti coesistono e godono di uguale tutela. A partire dall'ormai risalente sentenza *Handyside*, l'affermazione secondo cui il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale sono caratteristiche essenziali e indefettibili di ogni società che voglia dirsi democratica, è diventata un leitmotiv della giurisprudenza della Corte[8].
Il pluralismo[9], quale pietra angolare dell'ideale europeo di società democratica, si fonda «sul genuino riconoscimento e sul rispetto della diversità e delle interazioni tra le diverse tradizioni culturali, identità etniche, credenze religiose, idee e correnti di pensiero artistiche, letterarie e socio-economiche» ed è volto a favorire l'interazione armoniosa tra persone e gruppi con identità diverse, condizione essenziale per il raggiungimento della coesione sociale[10].
Dando atto del fatto che la «società» non è un'entità omogenea, la Corte EDU ha poi ripetutamente affermato che: «democrazia non significa semplicemente che le opinioni della maggioranza devono sempre prevalere: occorre raggiungere un equilibrio che garantisca un trattamento equo e corretto delle minoranze ed eviti qualsiasi abuso di posizione dominante»[11].

2. Pluralismo e tutela dei diritti delle minoranze. Sul piano giuridico, il pluralismo, quale valore designato dalla Corte EDU come chiave di volta delle società democratiche europee, implica anzitutto il riconoscimento e la tutela dei diritti delle minoranze; tema, quest'ultimo, che è emerso, sul piano del diritto internazionale, negli anni immediatamente successivi alla

di riunione e di associazione), 2 Protocollo n. 4 (Libertà di circolazione) è espressamente indicato che la proporzionalità delle restrizioni ai diritti ivi proclamati deve essere misurata nel contesto di «una società democratica».

[6] In altre parole, come è stato sottolineato da S. Marks, *The European Convention on Human Rights and its Democratic Society*, in T*he British Year Book of International Law*, 1996, 66, 1, 211, «*[i]f rights and freedoms are to be protected in so far as they safeguard the 'democratic way of life', then the boundaries of the protection granted will reflect (without necessarily being fully co-extensive with) the boundaries of democracy*».

[7] Come osservato da S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, 56, questo riferimento deve essere letto nel contesto storico della guerra fredda, in cui la CEDU rappresentava «*a symbolic statement of the identity signatory states had of themselves, designed to contrast sharply with Soviet-style communism and, less prominently, with the discredited right-wing European dictatorships of the then recent past*».

[8] Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, para. 49.

[9] Sul valore normativo del pluralismo, come fonte di obblighi per lo Stato, v. A, Zysset, *Searching for the Legitimacy of the European Court of Human Rights: The Neglected Role of 'Democratic Society'*, in *Global constitutionalism*, 1, 5, 2016 23 ss.

[10] *Gorzelik e altri c. Polonia*, *cit. supra*, para. 92 [traduzione dell'Autore].

[11] Corte EDU [G. C.] *Leyla Şahin c. Turchia*, 10 novembre 2005, para. 108 [traduzione dell'Autore].

proclamazione della CEDU[12].
Nel corso degli anni, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha tentato – senza successo – di 'aggiornare' la Convenzione alla luce deli nuovi sviluppi del diritto internazionale proponendo, dapprima, di includere un articolo apposito nel secondo Protocollo alla CEDU[13], e poi avanzando, a più riprese, la proposta di adottare un Protocollo addizionale sui diritti delle minoranze[14].
La mancata previsione di specifici diritti delle minoranze nel testo della CEDU e dei Protocolli aggiuntivi[15], non ha tuttavia impedito alla Corte EDU di pronunciarsi su ricorsi presentati da persone appartenenti a minoranze. La Corte EDU si è, infatti, trovata in più occasioni a dover decidere in merito a presunte violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali di persone appartenenti a gruppi minoritari, e ha contribuito, attraverso la sua giurisprudenza, alla definizione di standard minimi di tutela[16].
Facendo un bilancio della propria giurisprudenza in materia, la Corte EDU ha affermato di aver contribuito in modo effettivo, con le proprie decisioni, al processo di «riconoscimento delle esigenze specifiche delle minoranze e dell'obbligo di tutelarne la sicurezza, l'identità e lo stile di vita [...], non solo al fine di salvaguardare gli interessi delle minoranze stesse, ma altresì per preservare la diversità culturale che rappresenta un valore per l'intera comunità».[17]
Inoltre, prendendo atto della posizione di svantaggio e vulnerabilità in cui si trovano le persone appartenenti a gruppi minoritari, la Corte EDU ha enfatizzato l'importanza dell'obbligo positivo degli Stati di garantire loro l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà proclamati dalla Convenzione[18].
La giurisprudenza sviluppata dalla Corte EDU sulla base dei ricorsi presentati da membri di gruppi minoritari non è tuttavia priva di criticità, in quanto nel decidere alcuni casi essa ha utilizzato principi e argomentazioni suscettibili di produrre effetti di esclusione sociale delle

[12] Sulla questione della tutela giuridica delle minoranze in una prospettiva storica si rinvia a F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, spec. 67 ss.
[13] V. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Recommendation 285 (1961) Rights of National Minorities*, 28 April 1961.
[14] Per una riflessione sull'opportunità di tale strumento, si rinvia a S. E. Berry, *The Siren's Call? Exploring the Implications of an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities*, in *International Journal on Minority and Group Rights* 23, 1, 2016, 1-38. Vale la pena qui menzionare che, nel quadro del CdE, a metà degli anni 1990, dopo il crollo del blocco comunista e il sorgere, in alcune Paesi europei, di nuovi nazionalismi fu redatta la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, adottata dal Comitato dei Ministri nel 1994 ed entrata in vigore nel 1998. Questa Convenzione è oggi in vigore in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, in quanto la sua ratifica è, di fatto, un prerequisito per l'adesione all'Unione. Sebbene la Convenzione si riferisca espressamente - seppur senza darne una definizione – alle «minoranze nazionali», il suo campo di applicazione è stato esteso anche ai migranti, v. Consiglio d'Europa, *The Framework Convention: a key tool to managing diversity through minority rights. Thematic commentary No. 4. The scope of application of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*.
[15] L'unico riferimento alle minoranze è contenuto all'art. 14 (Divieto di discriminazione), che enumera «l'appartenenza ad una minoranza nazionale» tra i fattori di rischio di discriminazione.
[16] Per approfondimenti si rinvia a: L. Peroni, *Minorities before the European Court of Human Rights: Democratic Pluralism Unfolded*, in J. Boulden, W. Kymlicka (a cura di), *International Approaches to Governing Ethnic Diversity,* Oxford, 2015, 25 ss.; J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, 2006; R. Medda-Windischer, *The European Court of Human Rights and Minority Rights*, in *European Integration*, 25, 3, 2003, 249 ss.; G. Gilbert, *The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 24, 3, 2002, 736 ss.
[17] Corte EDU [G.C.], *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001, para. 93 [traduzione dell'Autore].
[18] V., ad esempio, Corte EDU, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, 14 gennaio 2020, para. 108, in cui la Corte ha affermato che: «*the States' positive obligation to secure the effective enjoyment of the rights and freedoms under the Convention. This obligation is of particular importance for persons holding unpopular views or belonging to minorities, because they are more vulnerable to victimisation*».

minoranze.
Sulla base dell'analisi di alcune decisioni, più e meno note, nei paragrafi seguenti sono svolte alcune riflessioni intorno non tanto alla soluzione dei casi cui è pervenuta la Corte EDU, quanto piuttosto all'iter argomentativo dalla stessa seguito, alla luce del suo impegno a promuovere e difendere la società democratica fondata sul pluralismo, in cui «la diversità non deve essere percepita come una minaccia, ma come una fonte di arricchimento»[19].

3. La Corte EDU e la diversità (non) presa sul serio. Nei casi in cui sono in causa i diritti e le libertà fondamentali di persone appartenenti a una minoranza, i ricorsi presentati alla Corte EDU sono lo strumento attraverso cui i membri di gruppi minoritari cercano di ottenere non solo giustizia «individuale» nel caso concreto, ma anche, e soprattutto, il riconoscimento e l'accettazione dell'identità e della cultura proprie della minoranza a cui appartengono. Per questo motivo, quando si discute di casi di questo tipo, l'attenzione deve essere rivolta non tanto e soltanto alla decisione finale adottata dalla Corte EDU, quanto al peso e alla considerazione dalla stessa attribuiti alle specificità culturali del gruppo minoritario interessato.

In generale, si può osservare che le doglianze presentate alla Corte EDU da persone appartenenti a gruppi minoritari hanno a oggetto, per lo più, misure adottate dallo Stato che impediscono loro di seguire comportamenti conformi alle proprie tradizioni, oppure le costringono a tenere condotte con esse contrastanti.
L'interesse individuale del ricorrente è dunque espressione dell'interesse collettivo della minoranza cui egli appartiene. Prendere sul serio i diritti delle minoranze in questi casi implica, anzitutto, prendere in considerazione la dimensione collettiva dell'istanza oggetto di ricorso, ovvero verificare che le autorità statuali abbiano effettuato un corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti della minoranza rappresentata dal ricorrente e della collettività in generale.
Data la dimensione identitaria insita nei ricorsi presentati da persone appartenenti a una minoranza, l'interesse individuale coincide infatti con quello del gruppo a cui il ricorrente appartiene. Questo aspetto consente di distinguere questo tipo di ricorsi da ricorsi analoghi in cui la lamentata interferenza dello Stato nell'esercizio dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU concerne comportamenti espressione di scelte e preferenze personali, che non riflettono però l'identità culturale e lo stile di vita di una minoranza.
Nella giurisprudenza della Corte EDU vi sono tuttavia, sentenze in cui essa trascura l'interesse collettivo della minoranza a cui appartiene il ricorrente.
Un esempio in questo senso è fornito dal caso *Chapman c. Regno Unito*,[20] in cui la ricorrente, di etnia rom, contestava il rifiuto delle autorità nazionali a concedere l'autorizzazione a stazionare un caravan - adibito a suo domicilio - sul terreno da lei a tal fine acquistato in una zona verde (*Green Belt* area). La Corte, riunita in Grande Camera, ha riconosciuto che «la vita in caravan è un elemento integrante dell'identità rom»;[21] tuttavia, nel verificare se le autorità nazionali avessero operato un equo bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, essa ha equiparato la posizione della ricorrente a quella di «molte altre persone che non possono permettersi di continuare a risiedere in siti o in case corrispondenti alle proprie preferenze».[22]
L'istanza della ricorrente a vivere seguendo le tradizioni culturali della minoranza rom è stata dunque, in sostanza, considerata dalla Corte EDU alla stregua di una questione di mera

[19] Corte EDU [G.C.], *Fedotova e altri c. Russia*, 17 gennaio 2023, para. 180 [traduzione dell'Autore].
[20] Corte EDU [G.C.], *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001.
[21] *Ibidem*, para. 73 [traduzione dell'Autore].
[22] *Ibidem*, para. 113 [traduzione dell'Autore].

preferenza individuale, e non come una istanza identitaria di una persona appartenente a una minoranza.
Ciò ha consentito alla Corte di concludere nel senso della non violazione dell'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sulla base della considerazione secondo cui la tutela offerta da detto articolo «non implica necessariamente che le preferenze dei singoli in merito al luogo di residenza debbano prevalere sull'interesse generale [i.e., nel caso di specie la tutela dell'ambiente]»[23].
Nel caso sopra descritto fonte della lamentata interferenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare è una disciplina urbanistica pensata e sviluppata per assecondare lo stile di vita della maggioranza[24], nel caso *Muñoz Diaz c. Spagna* è invece una legislazione in materia pensionistica a essere contestata.

Nello specifico, una cittadina spagnola di etnia rom lamentava davanti alla Corte EDU una violazione dell'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1 (Protezione della proprietà), in ragione del rifiuto delle autorità nazionali di riconoscerle il diritto a percepire la pensione di reversibilità nell'ambito del sistema di sicurezza sociale spagnolo[25].
La ricorrente aveva contratto matrimonio secondo il rito gitano con la convinzione, in buona fede, di aver contratto un matrimonio legalmente valido; ignorando quindi il fatto che l'ordinamento giuridico spagnolo non riconosce gli effetti civili del matrimonio celebrato con rito gitano. Il rifiuto delle autorità nazionali di riconoscerle il diritto alla pensione di reversibilità era, pertanto, fondato sulla mancata registrazione del matrimonio della ricorrente nel registro civile.
Nella sentenza, la Corte EDU ha ribadito l'importanza di tutelare l'identità e le tradizioni delle minoranze, affermando al contempo che «l'appartenenza a una minoranza non dispensa dal rispetto delle leggi che disciplinano il matrimonio, ma può nondimeno incidere sul modo in cui queste leggi sono applicate»[26].
Tuttavia, ripercorrendo il ragionamento giuridico seguito della Corte EDU si nota che l'elemento chiave su cui essa ha fondato il suo convincimento circa la sussistenza di una violazione dell'articolo 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1, è la buona fede della ricorrente.
La Corte ha infatti affermato che: «il rifiuto di riconoscere il diritto della ricorrente a ricevere una pensione di reversibilità costituisce una disparità di trattamento rispetto al trattamento riservato, dalla legge o dalla giurisprudenza, ad altre situazioni che devono essere considerate equivalenti per quanto riguarda gli effetti della buona fede, come la convinzione in buona fede dell'esistenza di un matrimonio nullo […]», e concluso che la situazione contestata costituiva «una differenza di trattamento sproporzionata nei confronti della ricorrente rispetto al trattamento riservato ai matrimoni ritenuti esistenti in buona fede»[27].
In altre parole, nel giudizio circa l'esistenza di una discriminazione, la Corte EDU ha utilizzato come *tertium comparationis* le «situazioni che devono essere considerate equivalenti in termini di effetti della buona fede, come la convinzione in buona fede dell'esistenza di un matrimonio nullo».[28] In nome del pluralismo, sarebbe invece, stata preferibile una comparazione tra la situazione della ricorrente, e quella in cui si trovano le persone che

[23] *Ibidem.*
[24] Dai documenti e dati presentati alla Corte EDU, risultava che il numero di rom era superiore al numero di posti disponibili nei campi autorizzati.
[25] Corte EDU, *Muñoz Díaz c. Spagna*, 8 dicembre 2009.
[26] *Ibidem*, para. 61 [traduzione dell'Autore].
[27] *Ibidem*, para. 65 [traduzione dell'Autore].
[28] *Ibidem.*

contraggono matrimonio secondo i riti riconosciuti dall'ordinamento giuridico spagnolo. In questo modo, la Corte EDU avrebbe, sul piano dei principi, rafforzato l'idea che il pluralismo si realizza quando è dato pari riconoscimento alle diverse culture, identità e tradizioni dei gruppi che formano una società (democratica); e, sul piano del caso di specie, avrebbe dato riconoscimento e legittimazione a una pratica che è espressione della cultura e dello stile di vita della minoranza rom.

In altri casi, il grado e l'estensione della tutela dei diritti fondamentali garantita dalla Corte EDU ai membri di un gruppo minoritario, nello specifico la minoranza islamica, è stata limitata, in quanto il riconoscimento e la protezione di stili di vita di ispirazione religiosa è risultato essere subordinato, nel ragionamento della Corte, alla loro conformità alle tradizioni locali e all'accettazione da parte della maggioranza.

Il caso più noto è certamente *S.A.S. c. Francia*,[29] in cui la Corte EDU si è pronunciata in merito al ricorso di una donna musulmana che lamentava la violazione di diversi diritti garantiti dalla Convenzione, tra cui: il diritto al rispetto della vita privata (art. 8), la libertà di pensiero coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10) e il divieto di discriminazione (art. 14), in ragione dell'introduzione del divieto generalizzato di indossare, nei luoghi pubblici, indumenti atti a celare il volto.

La Grande Camera ha, da un lato, affermato che predisponendo un tale divieto «lo Stato convenuto ha in un certo senso limitato la portata del pluralismo, poiché tale divieto impedisce ad alcune donne [i.e. di fede islamica] di esprimere la propria personalità e le proprie convinzioni indossando il velo integrale in pubblico»[30]; ma, dall'altro, essa si è detta «in grado di comprendere il punto di vista» espresso dal governo convenuto secondo cui: «le persone che frequentano gli spazi pubblici non desiderano che si sviluppino pratiche o comportamenti in grado di ostacolare le relazioni interpersonali aperte che, in virtù di un consenso consolidato, costituiscono un elemento indispensabile della vita comunitaria all'interno della società [francese]»[31]. La Corte si è quindi dichiarata «in grado di accettare» l'opinione secondo cui indossare un velo che nasconde il volto può costituire una barriera eretta nei confronti degli altri e violare – come ritenuto dallo Stato convenuto - il «diritto degli altri a vivere in uno spazio di socializzazione che facilita il vivere comune»[32].

Inoltre, nella prospettiva adottata dalla Corte EDU, la decisione in merito al divieto di indossare il velo integrale in luoghi pubblici spetta alla società[33]. Da ciò consegue, sempre secondo la Corte, che il proprio potere di controllo di convenzionalità è limitato in quanto essa deve, in sostanza, pronunciarsi su una decisione adottata attraverso un processo democratico all'interno della società in questione[34].

---

[29] Corte EDU [G.C.], *S.A.S. c. Francia*, 1° luglio 2008.

[30] *Ibidem*, para. 153 [traduzione dell'Autore].

[31] *Ibidem.*

[32] *Ibidem.* Alcuni giudici della Corte EDU, e diversi Autori, hanno espresso alcuni dubbi e varie critiche sul fatto che il «vivere comune» possa costituire un motivo legittimo di restrizione dei diritti e delle libertà della Convenzione, richiamando, in particolare, l'attenzione sullo stretto legame concettuale che intercorre tra il concetto di «vivere comune» e maggioritarismo. Come sottolineato da M. Pearson, *What Happened to 'Vivre Ensemble?': Developments after SAS v France,* in *Oxford Journal of Law and Religion,* 10, 2, 2021, 185, «*The reception to SAS v France, among the English-speaking academic world at least, was overwhelmingly negative. There were fears that the principle could be used to widely justify state actions affecting the rights of minority groups. It was criticized for being at odds with the wording and spirit of the Convention, accepting state Islamophobia and as an illiberal restriction of religious and potentially all counter-majoritarian expression*».

[33] Cfr. *S.A.S. c. Francia,* para. 153.

[34] Nelle parole della Corte: «the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question». *S.A.S. c. Francia,* para. 154.

Trattandosi di una questione di politica generale su cui le opinioni all'interno di una società democratica possono, ragionevolmente, differire ampiamente la Corte ha poi riconosciuto, in linea con una consolidata giurisprudenza, un ampio margine di apprezzamento al legislatore statale,[35] e ha dichiarato non esservi stata alcuna violazione della Convenzione.
La Corte EDU nel decidere il caso *S.A.S. c. Francia*, sembra dunque aver ignorato gli avvertimenti espressi, in un precedente caso, dal giudice Spano che aveva sottolineato l'esigenza di non lasciare carta bianca agli Stati membri nella scelta delle misure restrittive dei diritti garantiti dalla Convenzione, anche quando gli interessi in gioco sono stati ponderati a livello legislativo, poiché: «*L'histoire a amplement démontré que les sociétés démocratiques portent en elles le risque que des sentiments majoritaristes, qui se traduisent par la suite en textes législatifs, germent sur le terreau d'idées et de valeurs qui menacent les droits fondamentaux. Les catégories isolées et vulnérables n'ont alors plus que le recours de s'adresser aux tribunaux. Et ces tribunaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux, à l'instar de la Cour, ont le devoir de rechercher et de détecter, dans la mesure du possible, si l'imposition de mesures qui ont pourtant été largement entérinées par la sphère législative est motivée par une hostilité ou une intolérance à l'égard d'une idée, d'une opinion, ou d'une confession religieuse en particulier*»[36].
Per scongiurare derive oppressive ai danni delle minoranze, e per svolgere appieno suo ruolo di custode della società democratica fondata sul pluralismo, la Corte EDU avrebbe allora dovuto affrontare la questione se la decisione del governo francese di vietare l'utilizzo, in pubblico, di indumenti che celano il volto fosse viziata da pregiudizi culturali.
Tuttavia, come è stato osservato: «*Uncovering anti-minority and migrant community bias may be relatively easy if such bias is not widespread, and in particular when it is absent from the environment in which those doing the uncovering (ie the judges of the ECtHR) live. However, when anti- minority bias pervades all layers and spheres of society, those who are doing the uncovering may themselves—subconsciously— also be affected by it*»[37].
Interferenze con le pratiche e gli stili di vita delle minoranze possono derivare tanto da divieti, come nel caso sopra discusso, quanto da obblighi imposti dalla legge, come nel *Osmanoğlu e Kocabas*[38], che tratta del diniego, da parte delle autorità scolastiche svizzere, di esonerare dal corso misto di nuoto le figlie dei ricorrenti di fede islamica.
Davanti alla Corte EDU, il governo convenuto ha difeso la scelta di rendere obbligatoria la frequentazione di corsi di nuoto misti all'interno del percorso scolastico, ritenendola una misura finalizzata all'integrazione delle minoranze religiose nella società svizzera. I ricorrenti hanno, al contrario, sostenuto trattarsi di una misura che, di fatto, impedisce il riconoscimento della loro identità islamica e produce quindi l'effetto di incentivare la formazione di comunità separate, piuttosto che l'inclusione sociale della minoranza islamica.
La Corte EDU ha evitato la questione circa l'importanza di riconoscere e accettare le differenze culturali e identitarie delle minoranze al fine di realizzare una società democratica fondata sul pluralismo e ha, ancora una volta, assunto un atteggiamento di *self-restraint* a fronte dell'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati quando sono in causa questioni attinenti al significato da attribuire alla religione nella società, tanto più quando queste questioni sorgono nel campo dell'educazione e dell'istruzione pubblica[39].
Riconosciuto l'importante ruolo, ancora più decisivo nel caso di bambini di origine straniera, svolto dalla scuola nel processo di inclusione sociale, la Corte EDU ha condiviso l'argomento

[35] *Ibidem.*
[36] Corte EDU, *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, 11 luglio 2011, parere concordante del giudice Spano, para. 9.
[37] E. Brems, *Islamophobia and the ECtHR: A Test Case for Positive Subsidiarity for the Protection of Europe's Long- term Migrants?*, in B. Çali, L. Bianku e I. Motoc (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights,* Oxford, 2021, 203.
[38] Corte EDU, *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera*, 10 gennaio 2017.
[39] *Ibidem*, cfr. para. 95.

del governo secondo cui solo circostanze del tutto eccezionali, e non anche ragioni fondate sul credo religioso dei genitori, possono giustificare la concessione di esenzioni.[40] La Corte ha dunque fatto propria la convinzione secondo cui «l'interesse dei bambini a una completa scolarizzazione, che faciliti la «loro integrazione sociale secondo le usanze e i costumi locali», deve considerarsi prevalente sul desiderio dei genitori di esonerare le figlie dai corsi misti di nuoto misto»[41].

Seguendo il ragionamento della Corte EDU, le minoranze possono, pertanto, aspirare alla piena inclusione sociale solo se accettano di adeguarsi agli usi e agli stili di vita della maggioranza. La Corte EDU sembra qui invertire la logica stessa dei diritti fondamentali, in quanto, come è stato osservato, «*the Court seemingly confirms the government's message that if one wants to have a 'worthy' life, and be socially integrated, one needs to behave like the national majority, there only being room for those expressions of a separate religious identity that the national majority allows. In the end, the Court can be seen to enable states to impose the national majority way of life on minorities under the veil of 'integration', sacrificing the latter's (equal and effective enjoyment of) fundamental rights in the process*»[42].

I due casi da ultimo discussi illustrano altresì come nelle società multiculturali può accadere che norme apparentemente neutre producano (non voluti) effetti discriminatori[43].

Non sono, tuttavia, solo le persone appartenenti a delle minoranze religiose a poter essere vittime (potenziali) di discriminazioni prodotte da disposizioni legislative che soddisfano il principio di neutralità. Nel caso *Kemal Taşkın e altri c. Turchia*[44], sono infatti i membri di una minoranza linguistica a lamentare una violazione dell'articolo 8, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, in ragione del rifiuto delle competenti autorità nazionali di registrare nomi con lettere non contenute nell'alfabeto della lingua nazionale. Nello specifico, ai ricorrenti era stato opposto il rifiuto di registrare i loro nomi, in quanto contenenti alcune lettere che non esistono nell'alfabeto turco.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, i nomi rappresentano un mezzo di identificazione personale e di collegamento con la famiglia e, pertanto, le questioni riguardanti il nome e il cognome di una persona rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione.

Nell'escludere, nel caso in esame, l'avvenuta violazione degli articoli invocati dai ricorrenti, la Corte EDU si è basata, sostanzialmente, su due argomenti. In primo luogo, essa ha ritenuto che non vi fosse alcun ostacolo giuridico volto a impedire ai ricorrenti di scegliere un nome e un cognome curdi, a condizione che fossero scritti secondo le regole dell'alfabeto turco. In secondo luogo, essa ha considerato che non vi erano elementi per sostenere che le autorità turche avrebbero preso una decisione diversa qualora la richiesta di scrivere un nome con lettere che non esistono nell'alfabeto turco fosse stata presentata da persone non curde.

Il ragionamento della Corte EDU è però fallace nella misura in cui non considera il diverso impatto che la legislazione contestata ha sulla minoranza curda. Come è stato osservato, la Corte avrebbe dovuto considerare «*why non-Kurds like the Turkish majority members would request*

---

[40] *Ibidem*, cfr. para. 96.

[41] *bidem*, para. 97, [traduzione dell'Autore, corsivo aggiunto]

[42] K. Henrard, *Integration reasoning at the ECtHR: Challenging the boundaries of minorities' citizenship*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 38, 1, 2020, 72.

[43] Nell'illustrare i limiti e gli effetti negativi connessi al principio di neutralità religiosa, S. Hennette-Vauchez, *Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, 42, 2, 2021, 544, osserva che: «*This adverse impact of European neutrality is, in part, implicit. It results from the failure to see the extent to which social norms, as well as a number of the legal rules that actuate them, are deeply embedded in historical and religious structures that have become problematic as religious pluralism has increased in contemporary European societies*».

[44] Corte EDU, *Kemal Taşkın e altri c. Turchia*, 2 febbraio 2010.

to register names with letters that do not exist in Turkish. The fact that the Turkish majority will hardly suffer from this problem is then a factor that illustrates how the policy disregards the concerns of the Kurds (...). The policy is therefore not neutral regardless of how it would be applied to non-Kurds; it ultimately maintains the historical discrimination of the Kurds in Turkey»[45].
In altre parole, accettando senza riserve l'argomento del governo convenuto circa la neutralità delle norme contestate, la Corte EDU non si è interrogata sulle vere ragioni dietro le scelte in materia di politica linguistica attuate dal governo turco. La Corte EDU avrebbe, in difesa della diversità e dell'identità linguistica dei ricorrenti, dovuto indagare gli obiettivi perseguiti dallo Stato attraverso la legislazione in materia di nomi, alla ricerca di un eventuale *bias* assimilazionista[46].

4. Riflessioni conclusive. Posto che l'esistenza stessa della (immaginata) società democratica pluralistica europea, di cui la Corte EDU ha assunto il ruolo di garante ultimo, dipende, in definitiva, dal riconoscimento e dal rispetto della diversità identitaria e delle specificità culturali delle minoranze, la questione del riconoscimento delle istanze minoritarie poste su base culturale è d'importanza cruciale.
Ciò naturalmente non implica l'incondizionato riconoscimento di tutte le istanze provenienti dai gruppi di minoranza.
La questione circa il se, ed entro quali limiti, ammettere suddette istanze è particolarmente delicata, poiché «quando le culture minoritarie si manifestano *ex novo* in un ambiente sociale, non possiedono più lo stesso significato 'sociale' che avevano nella società di origine, ma si devono confrontare con la cultura della società di accoglienza»[47], ovvero rispettarne i valori.
Alla luce del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento che governano la giurisprudenza della Corte EDU, qual è allora lo spazio di azione lasciato alla stessa per difendere il pluralismo? Nel decidere i ricorsi aventi a oggetto misure statali che interferiscono con l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone appartenenti a una minoranza, la Corte EDU dovrebbe limitarsi a valutarne gli effetti sulla situazione concreta del ricorrente? Oppure dovrebbe estendere il suo scrutinio anche ai (reali) obiettivi e alle motivazioni delle misure contestate?
Considerato che in molti casi riguardanti le minoranze la CEDU è lo strumento attraverso cui il ricorrente chiede, in sostanza, che sia tutelata l'identità e la cultura del gruppo minoritario cui appartiene,[48] il superamento di un approccio meramente individualista è, in una prospettiva di rafforzamento della tutela delle minoranze, senz'altro preferibile, così come un più stretto scrutinio degli obiettivi perseguiti dal legislatore.
Parte della dottrina si spinge fino ad affermare che la Corte EDU dovrebbe, ove necessario,

---

[45] L. Peroni, *Erasing Q, W and X, erasing cultural differences*, in E. Brems (a cura di), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR,* Cambridge, 2013, 458.
[46] Diversi studi hanno messo in luce come le legislazioni statali in materia di nomi possono perseguire obiettivi di difesa dell'identità nazionale, attraverso politiche assimilazioniste, v. J. Clifton, *What's in a name? Names, national identity, assimilation, and the new racist discourse of Marine Le Pen*, in *Pragmatics Quarterly Publication of the International Pragmatics Association*, 2013; A. Gross, *Rights and Normalization: A Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice and Change of Names*, in *Harvard Human Rights Journal*, 9, 1996, 269-284.
[47] F. Belvisi, *A proposito del riconoscimento delle istanze culturali che provengono dalle minoranze*, in *Ragion pratica*, 2013, 124.
[48] Interrogandosi sul ruolo del diritto nel processo di riconoscimento e tutela delle minoranze F. Macioce, *Cultural Rights and the Margin of Appreciation Doctrine: A Legal Tool for Balancing Individual Rights and Traditional Rules*, in *Law, Cultures and the Humanities*, 2017, 451, osserva che: «*Rights, and their recognition to minority groups, cannot ensure their social acceptance; rather, social acceptance can lead to legal recognition and to rights protection. Once a group identity and its traditional practices are socially accepted, and once group specific forms of life are basically recognized by public opinion, governments are able to provide policies in order to legally support such group identities, and recognize rights to protect them*».

chiedere al governo convenuto di fornire prove oggettive a sostegno delle misure oggetto di ricorso. In particolare, mettendo bene a fuoco la questione, Eva Brems sostiene che: «*In order to make the crucial distinction between rights restrictions that are legitimately required for the protection of a general interest, and arbitrary restrictions driven by anti-majority bias, the Court must critically unpack the arguments made by national authorities in support of restrictive measures. Evidential requirements are a natural way for a court to do this. […] Even when a wide margin of appreciation is granted, the Court should not be content simply with finding that a plausible general interest (such as 'neutrality', 'pressure on others', or 'living together') was invoked by the state, but should also require evidence that such an interest is at stake in the concrete context of the case*»[49].

Infine, per «prendere sul serio» la diversità e le minoranze, la Corte «*should avoid defining culture, religion or other shared characteristics from the outside*»[50]. Sulla base di questa considerazione, dovrebbero essere incoraggiate le ricerche e gli studi in materia di *judicial behaviour*, in quanto potrebbero fornire informazioni utili a svelare (potenziali) *bias* nazionali e/o culturali dei giudici che siedono alla Corte di Strasburgo.

Per quanto riguarda i *bias* nazionali, alcuni Autori hanno già evidenziato la generale propensione dei giudici della Corte EDU a difendere l'operato dello Stato di appartenenza, qualora il caso da decidere incida su temi politicamente sensibili[51]

La giurisprudenza sulla libertà di religione è esemplificativa di questa tendenza. È stato infatti osservato che: «*the Court's judges have been influenced by the political salience and sensitivity of laws primarily targeting the religious practice of Muslims. States have introduced such laws with the rationale that they preserve national unity and public order. If the ECHR were to challenge such laws, declare them to be in conflict with Convention principles, and penalize states that implement them, the backlash from national actors—elites and masses alike—would be considerable. The backlash could be so severe as to delegitimize the ECHR and the Convention. Therefore, it appears expedient for the Court's judges to vote in favor of the defendant states*»[52].

Per quanto riguarda i *bias* culturali, a oggi la quantità di dati disponibili è molto limitata, poiché è questo un tema di ricerca ancora largamente inesplorato.

Abstract. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, sin dalle sue prime pronunce, sostenuto la necessità di proteggere i valori del pluralismo e del multiculturalismo, quale condizione fondamentale per la realizzazione di una società democratica. Essa ha costantemente affermato che una società democratica si basa sul genuino riconoscimento e rispetto della diversità, e, in più occasioni ha sottolineato che l'obbligo positivo degli Stati di garantire l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è particolarmente rilevante quando sono in causa i diritti delle persone appartenenti a minoranze.

Eppure, in diverse occasioni la stessa Corte ha omesso di dar riconoscimento e tutela ai valori legati alle istanze culturali e identitarie sottese ai ricorsi presentati da persone appartenenti a gruppi minoritari, rafforzando così il maggioritarismo interno, anziché il pluralismo.

Il presente scritto proporne una riflessione su alcune criticità emerse nella giurisprudenza della Corte EDU che tratta dei ricorsi presentati da persone appartenenti a minoranze.

[49] E. Brems, *Islamophobia and the ECtHR: A Test Case for Positive Subsidiarity for the Protection of Europe's Long- term Migrants?*, *supra* nota 38, 211.

[50] E. Brems, *Introduction*, in E. Brems (a cura di), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR,* Cambridge, 2013, 12.

[51] Cfr. E. Voeten, *Gender and judging: evidence from the European Court of human rights*, in *Journal of European Public Policy*, 28, 9, 2021, 1453-1473.

[52] D. Koev, *Not Taking it on Faith: State and Religious Influences on European Court of Human Rights Judges in Freedom of Religion Cases*, in *Journal of Human Rights*, 18, 2, 2019, 190.

Abstract. From its earliest rulings, the European Court of Human Rights has upheld the need to protect the values of pluralism and multiculturalism as a fundamental condition for the realisation of a democratic society. It has consistently stated that a democratic society is based on the genuine recognition of and respect for diversity and has repeatedly stressed that the positive obligation of States to ensure the effective enjoyment of the rights and freedoms proclaimed in the European Convention on Human Rights is particularly relevant when the rights of persons belonging to minorities are at stake.
Nonetheless, the Court itself has on several occasions failed to recognise and protect values related to the cultural and identity demands underlying the claims of persons belonging to minority groups, thereby reinforcing domestic majoritarianism rather than pluralism.
The present paper addresses some critical issues that have emerged in the jurisprudence of the European Court of Human Rights dealing with applications brought by persons belonging to minorities.

Parole chiave. Diritti delle minoranze – CEDU – democrazia – diversità – pluralismo.

Key words. Minority rights – ECHR – democracy – diversity – pluralism.

LA LINGUA TRA IDENTITÀ NAZIONALE E PLURALISMO LINGUISTICO EUROPEO *

di Leandra Abbruzzo**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il pluralismo linguistico europeo e l'orientamento della Corte di Giustizia. – 3. La tutela della lingua della Corte costituzionale. – 4. La tutela della lingua nell'ordinamento. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. Com'è noto, l'interazione tra diversi ordinamenti giuridici cui l'individuo partecipa determina la creazione di sistemi *multilevel* di protezione e salvaguardia dei diritti[1], che rappresentano «la condizione peculiare del cittadino europeo, […] portatore non di una monolitica identità, ma di identità molteplici, corrispondenti ai differenti aggregati sociali cui appartiene»[2].

È necessario innanzitutto comprendere cosa si intenda con il lemma «identità». Il Dizionario Garzanti della lingua italiana la definisce, con riferimento al singolo individuo, come «i dati anagrafici e somatici che consentono di riconoscere una persona; l'insieme dei caratteri fisici e psicologici che rendono una persona quella che è, nonché l'insieme di caratteristiche culturali e di tradizioni che un popolo avverte come proprie». Anche nel suo significato psicologico l'identità è intesa come il «senso del proprio essere continuo attraverso il tempo e distinto, come entità, dalle altre»[3].

Con il termine «identità», nella sua accezione collettiva, sono invece indicati i tratti «che derivano al soggetto da un gruppo, con cui condivide determinate caratteristiche e in cui riconosce parte di sé. Tale gruppo può essere individuato in base al genere […], all'orientamento sessuale […], alle caratteristiche del corpo […], all'età […], alla religione, alla cultura»[4].

Tali definizioni rinviano dunque a un insieme di caratteri distintivi di un certo individuo o gruppo sociale, che contribuiscono a tracciarne l'unicità rispetto a qualcosa e/o qualcuno.

In presenza di questi «significati» dell'identità individuale e collettiva, assume rilevanza

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo – Università di Napoli Parthenope.

[1] A. Papa, *Il modello europeo di integrazione e la multilevel governance europea*, in F. Lanchester (a cura di*), Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016; P. Bilancia, *Cooperazione e convergenza in un sistema di multilevel governance*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2009, 3-15; Id, *Il modello europeo di multilevel governance*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, *Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2017, 1-12.

[2] P. Ridola, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in S. Panunzio, E. Sciso (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, 89.

[3] I. Ruggiu, *Giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali,* Milano, 2012, 248, definisce la dimensione individuale dell'identità come «quel nucleo unico che costituisce la personalità di ciascuno e, nel contempo, quella continuità della personalità, che consente a ciascuno di poter dire che è se stesso nel corso di tutte le varie fasi dell'esistenza».

[4] *Ibidem.*

comprendere quale connotazione sia suscettibile di assumere un'ulteriore dimensione dell'identità, ovvero quella nazionale. Il tema dell'identità nazionale di uno Stato, non essendo un concetto aprioristicamente determinabile e definibile, è da sempre oggetto di attenzione in ambito nazionale, ma anche e soprattutto europeo in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht del 1992. Da quest'ultimo angolo visuale, quello europeo, si rileva la presenza di una *national identity clause* all'art. 4, paragrafo 2, TUE, che impone il rispetto dell'eguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e della loro identità nazionale da parte dell'Unione europea, non solo al fine di salvaguardare tradizioni giuridiche eterogenee, ma anche per «rassicurare gli Stati membri a fronte di una sempre maggiore erosione della loro sovranità»[5].

Configurandosi l'identità nazionale nel corso del tempo come una «resistenza»[6] e alla luce della recente giurisprudenza europea, tale norma spinge dunque a riflettere sulla possibilità per l'Unione europea di intervenire sull'ordinamento degli Stati membri senza pregiudicarne i profili identitari e, di contro, sulle pretese azionabili dagli Stati a tutela degli stessi in un'ottica di bilanciamento tra i tratti distintivi nazionali e il primato del diritto europeo alla luce del rispetto del criterio di proporzionalità.

Dalla prospettiva statale, invece, l'identità nazionale si configura come un concetto storico-sociologico, giuridico e politico: è storico-sociologico perché rinvia parzialmente alla cultura e al costume di un Paese; giuridico, perché parte di questi valori sono stati trasferiti in principi costituzionali; e infine politico, perché influisce sull'azione delle forze politiche[7].

L'espressione «identità nazionale», tuttavia, è oggetto di diverse interpretazioni[8]: secondo una corrente dottrinale la clausola identitaria include solamente i principi di organizzazione dello Stato, nei suoi vari livelli e competenze e non tutte le ponderazioni fondamentali interne[9]; mentre una diversa tesi, che in questa sede si condivide, secondo l'opinione dei «contro-limiti temperati»[10], ritiene che essa sia indispensabile per risolvere i conflitti tra il diritto europeo e

---

[5] P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quad. Cost.*, 3, 2022, 635.

[6] C. Giaccardi, *L'identità nazionale nell'era della globalizzazione*, in *Studi di Sociologia*, 2, 2000, 115.

[7] S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, in *Rivista Ianus*, 15-16, 2017, 88-89.

[8] T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in *Federalismi.it*, 24, 2014, 4-5: «Sin dall'inizio appare evidente che le parole in questione, 'identità' e 'nazionale', considerate singolarmente o, come in questo caso, congiuntamente, si prestano a diverse letture, sia dal punto di vista semantico, sia - di conseguenza - dal punto di vista della loro sistematizzazione fra i principi basilari dell'Unione. In riferimento a questo secondo aspetto, le due principali interpretazioni riguardano la possibilità che l'espressione alluda alla sola sfera culturale e linguistica degli Stati membri ovvero che ne ricomprenda anche il sistema costituzionale. La prima lettura denota la volontà dell'Unione di rispettare le diverse tradizioni culturali dei popoli europei, astenendosi dal perseguirne l'omologazione (ad esempio a livello linguistico) e viene avvalorata dal fatto che, con Maastricht, la cultura comincia a trovare espressa menzione nei Trattati. Nella seconda accezione l'espressione allude invece al sistema costituzionale degli Stati membri, implicando, in particolare, il divieto che la normativa europea possa contrastare con taluni aspetti dell'ordinamento giuridico statale considerati costitutivi dell'identità nazionale. Tenendo conto però del fatto che ogni popolo tende a considerare tali, formalizzandolo talvolta nella stessa Costituzione, elementi non solo di tipo organizzativo, come il decentramento territoriale, ma anche di auto-identificazione, come la lingua (Bulgaria, Lituania) o il rapporto con la religione (Francia), tale lettura appare suscettibile di restringere la portata del diritto europeo sino quasi a vanificarla, ponendosi potenzialmente in contrasto con le "tradizioni costituzionali comuni", menzionate nello stesso art. F».

[9] L.S. Rossi, *Come risolvere la "questione Taricco" … senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2017, 2.

[10] T. Groppi, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta on-line*, Rubrica Studi, 1, 2015, 3. A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni.* Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 836 ss., parla di

il diritto nazionale. A prescindere dalla definizione, l'identità nazionale è comunque concepita come un argine al processo d'integrazione europea, superato il quale non sussistono più «le ragioni dello stare insieme»[11].

È, tuttavia, da una disamina della giurisprudenza costituzionale che può meglio comprendersi il rapporto intercorrente tra identità e controlimiti poiché talvolta le Corti costituzionali individuano il profilo identitario nazionale leso e «in tale accezione, l'identità costituzionale coincide logicamente con i controlimiti», mentre in altri casi strumentalizzano gli stessi al fine di tutelare in modo effettivo l'identità costituzionale, sempre nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo[12].

Dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali dei Paesi europei emerge, infatti, «una sorta di seconda generazione della giurisprudenza sui controlimiti, finalizzata a riconoscere un ruolo attivo, e non più solo difensivo, delle singole identità nazionali»[13] poiché «il processo di armonizzazione nella tutela dei diritti» non può cagionare la dispersione della «varietà e [del]la particolarità delle singole esperienze costituzionali nazionali»[14].

Come noto, il rapporto dialogico tra le Corti[15] è fondamentale per comprendere l'importanza

«europeizzazione dei controlimiti». T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, cit., 7-8, riporta che «Il nuovo dettato dell'art. 4 assume un'importanza notevole, nel disegno dei rapporti fra Unione e Stati, in quanto non solo declina la clausola delle identità nazionali radicandola nella 'struttura fondamentale, politica e costituzionale' degli Stati, decentramento territoriale compreso, ma anche perchè vi affianca il limite delle 'funzioni essenziali dello Stato', individuandole nella salvaguardia dell'integrità territoriale, nel mantenimento dell'ordine pubblico e nella tutela della sicurezza nazionale, quest'ultima particolarmente accentuata. In una prospettiva dicotomica, la clausola conferma il suo ruolo di limite all'applicabilità del diritto dell'Unione; in un'ottica invece d'integrazione e non di mera contrapposizione fra ordinamento interno ed ordinamento europeo, essa sancisce il superamento del principio di gerarchia e della conseguente supremazia assoluta del diritto dell'UE su quello degli Stati membri, predisponendo il sistema all'interazione fra i diversi interpreti del diritto».

[11] G. Demuro, *I controlimiti e le identità costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 2, 2018, 19.

[12] S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 63 secondo cui «In ogni caso, non sempre le Corti costituzionali menzionano espressamente i controlimiti, che sembrano essere impliciti nel ragionamento logico-giuridico che esprimono all'interno delle loro decisioni; invece esse fanno più spesso menzione dell'identità costituzionale da difendere, identificando il contenuto che questa assume nel caso concreto, o spingendosi fino a stilare un elenco aperto di principi e diritti che ne formano il contenuto».

[13] F. Angelini, *Il Trattato che adotta una costituzione per l'Europa alla prova delle corti costituzionali nazionali. Le pronunce del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 1, 2005, 193.

[14] *Ivi.* S. Ninatti e M. Galimberti, *Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, anno XII, 2, 2022, 141 e ss., spiegano che differentemente dalle decisioni degli anni Settanta, il contrasto tra le Corti non è più limitato a un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali, ma si estende a questioni strutturali di identità nazionali dello Stato concernenti profili giuridici, ma altresì scelte politiche fondamentali, che le Corti nazionali possono essere indisponibili a lasciare all'apprezzamento delle Corti sovranazionali. Se ne deduce, quindi, che rispetto alla «prima generazione» di controlimiti, incentrata sul rispetto dei diritti fondamentali di un ordinamento da parte dell'Unione europea, questa nuova generazione «assume la forma della clausola dell'identità costituzionale ampliando così le competenze della Corte costituzionale […] ad altre questioni essenziali che riguardano il nucleo dello Stato», consolidando il ruolo delle Corti costituzionali «nella veste di arbitri della validità e dell'applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti domestici, rafforzando in tal modo l'incidenza delle medesime sul progresso dell'integrazione europea». In merito al rapporto tra identità costituzionale e controlimiti appare utile richiamare l'ordinanza n. 24/2017, relativa alla vicenda Taricco, in cui la Corte costituzionale ha cercato di tutelare l'identità costituzionale nazionale nel rispetto dell'identità europea e dei valori e principi europei. La Consulta in proposito «tiene a sottolineare che l'interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità».

[15] R. Toniatti, *Il principio di Rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione*

in sede europea dell'identità nazionale: se, infatti, spetta alle Corti nazionali l'iniziativa del dialogo[16], ciò che rileva in particolare è il metro di giudizio adottato dalla Corte di Giustizia[17], cui compete esprimersi *ex* art. 4, paragrafo 2, TUE decidendo sul rispetto dell'identità nazionale «come un limite 'relativo', ossia come un legittimo interesse dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela»[18].

In questa valutazione uno degli elementi costitutivi di identità individuali, collettive e nazionali è rappresentato dalla lingua, «segno capace di esprimere la volontà del soggetto che la usa di affermare la propria appartenenza a una cultura o nazione»[19] e che «svolge un indiscutibile ruolo di aggregazione e identificazione sociale»[20]. Essa è dunque elemento costitutivo del concetto di nazionalità, definita «una società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua confortati a comunanza di vita e di coscienza sociale»[21].

La lingua rappresenta, altresì, uno strumento di comunicazione non solo tra individui, ma anche tra cittadini e istituzioni perchè è un elemento che consente di sentirsi parte di una comunità ed è dunque fattore di integrazione, di inclusività[22]. Il popolo, difatti, è definito «una comunità di cultura e lingua»[23] ed è proprio nella lingua che «molto spesso le popolazioni hanno trovato […] il sigillo dell'unità e identità culturale nazionale»[24]. La lingua rispecchia dunque la personalità del singolo e contestualmente la storia e l'identità di un popolo, costituitasi nel tempo[25].

---

giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo, Milano, 2002, 506, ritiene che da questo rapporto sia emersa l'esistenza di principi e valori che hanno alimentato un «fenomeno interattivo fra una pluralità di ordinamenti giuridici (statuali, sovranazionale, interstatuale)».

[16] T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, cit., 10. Nello stesso senso S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 78. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 260, sostiene che l'impiego «da parte della Corte costituzionale di quegli strumenti persuasivi e interpretativi […] permettono di far presente a livello comunitario (e alla Corte di Giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondativi».

[17] S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 78-79, nota 65, prosegue esplicitando che «sembra che la Corte costituzionale nazionale detenga senz'altro una *better position* per porre in essere una simile operazione. Al contempo, tuttavia, essendo la *identity clause* contenuta in una disposizione del Trattato (art. 4.2 TUE), sarà con ogni probabilità la Corte di giustizia ad avere l'ultima parola, non sul contenuto dell'identità nazionale (valutazione che dovrebbe spettare, come appena detto, alla Corte costituzionale nazionale), bensì sul peso che essa avrà nel bilanciamento eurounitario e sulla idoneità a fungere da *limitation clause* nell'applicazione del test di proporzionalità».

[18] B. Guastaferro, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quad. cost.*, 3, 2011, 154.

[19] A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 188. Sulla stessa linea, tra gli altri, V. Piergigli, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 132.

[20] V. Piergigli, *La valorizzazione delle identità minoritarie e della diversità culturale nelle Costituzioni africane vigenti*, in *Federalismi.it*, *Focus Africa*, 0, 2013, 1.

[21] P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, E. Jayme (a cura di), Torino, 1994, 44 e ss. Si veda anche E. Grasso, *Multilinguismo e funzione pubblica. Dal prestigio del modello francese alla costruzione dell'identità europea*, Napoli, 2020, 33 ss.

[22] *Ivi*, 35, si legge che «La lingua si mette al servizio dello Stato, in seguito all'identificazione Stato-nazione, perché deve garantire la comunicazione orizzontale e verticale in seno alla nazione, senza fare distinzione sociale tra i suoi membri, consentendo di esprimere ogni idea della realtà». Si vedano anche le considerazioni di A. Papa, P. Marsocci, *Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica*, in *Rivista Aic*, 1, 2023, 169 ss.

[23] I. Putzu, *Lingua e letteratura nella formazione degli Stati nazionali in Europa e nel Mediterraneo: aspetti quadro*, in I. Putzu, G. Mazzon (a cura di), *Lingue, letterature, nazioni. Centri e periferie tra Europa e Mediterraneo*, Milano, 2013, 19.

[24] T. De Mauro, *Minoranze linguistiche*, in *L'Italia delle Italie*, Roma, 1987, 26.

[25] F. Paterniti, C. Sagone, *La tutela delle minoranze linguistiche tra "prudenza" statale e slanci regionali alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Annali della Facoltà di Scienze della formazione*, Vol. 20, 2021, 145.

Anche il diritto è connesso alla lingua, di cui necessita (come tutte le altre discipline) per manifestarsi e per essere spiegato e comunicato: si tratta pertanto di uno strumento essenziale per il funzionamento di un sistema democratico poiché non vi sarebbe confronto senza la possibilità di dialogare[26].
A tal proposito il presente lavoro si propone di avanzare alcune riflessioni sull'elemento linguistico: dapprima si mostrerà come esso sia pacificamente riconosciuto quale profilo identitario da tutelare da parte della Corte di Giustizia europea *ex* art. 4, paragrafo 2, TUE, se oggetto di politiche nazionali di difesa e valorizzazione rispettose del principio di proporzionalità; successivamente ci si soffermerà sulla giurisprudenza costituzionale italiana che da sempre sottolinea, nonostante il riconoscimento costituzionale delle minoranze linguistiche e la diffusione del plurilinguismo, la primazia della lingua italiana.

2. Il pluralismo linguistico europeo e l'orientamento della Corte di Giustizia. L'Unione europea, considerate le numerose lingue ufficiali e le lingue regionali o minoritarie riconosciute soprattutto successivamente allo scioglimento dell'Unione Sovietica e alla conseguente richiesta dei Paesi dell'Est di entrare a far parte dell'UE[27], si configura come un ordinamento caratterizzato da un elevato pluralismo linguistico[28].
Nelle fonti primarie europee, tuttavia, tale espressione è assente a differenza del termine «diversità»: infatti, ai sensi rispettivamente dell'art. 22 della Carta di Nizza e dell'art. 3, paragrafo 3, TUE, l'Unione «rispetta la diversità […] linguistica» e «rispetta la ricchezza della sua diversità […] linguistica». In relazione all'art. 3 TUE è interessante notare che a proposito di obiettivi come la pace, lo sviluppo sostenibile, l'esclusione sociale, la giustizia e protezione sociale ecc., la disposizione ricorre a verbi quali «promuovere», «adoperare» e «combattere», ma inerentemente alla diversità linguistica e al patrimonio culturale le espressioni diventano più miti allorquando l'Unione europea si impegna a rispettare e vigilare sulla salvaguardia e lo sviluppo[29].
A titolo esemplificativo possono ricordarsi anche altre norme attinenti all'ambito linguistico. L'art. 55 TUE, infatti, oltre a prevedere nel primo paragrafo la redazione del testo nelle 24 lingue ufficiali dell'Unione facenti ugualmente fede[30], sancisce la possibilità che il documento

[26] M. A. Cabiddu, *La lingua e il mito (dell'internazionalizzazione)*, in *Dir. Pubb.*, 2, 2013, 559; P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, XII ss., ora anche disponibile su https://www.academia.edu/.
[27] E. Palici di Suni, *I diritti linguistici oggi: Italia e Unione Europea a confronto*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, Fascicolo Speciale, maggio 2019, 545- 546: «All'interno degli Stati che avevano fatto parte dell'orbita sovietica riesplosero infatti nazionalismi e spinte identitarie di minoranze nazionali, etniche, religiose e linguistiche, che erano rimaste soffocate sotto la dominazione dell'URSS. Tutto ciò creò forti contrasti e tensioni, con conseguenze anche drammatiche. Per questo nel 1992 il Consiglio d'Europa approvò la Carta europea delle lingue regionali e minoritarie e nel 1995 la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, mentre tra i criteri politici individuati dal Consiglio europeo a Copenaghen nel 1993 come condizione per aderire all'Unione europea fu incluso quello del rispetto e della tutela delle minoranze».
[28] *Ivi*, a p. 543 L' Autrice spiega che «Il regime linguistico dell'Unione europea ha una chiara origine di natura economica: se i sei Stati fondatori della Comunità economica europea avessero scelto come lingua ufficiale il francese (che allora era la lingua predominante a livello internazionale), come era peraltro stato fatto solo pochi anni prima, nel 1951, con il Trattato istitutivo della CECA, ciò avrebbe svantaggiato gli Stati in cui quella lingua non veniva parlata, falsando la concorrenza. Furono dunque adottate come lingue ufficiali della Comunità europea il francese, l'italiano, l'olandese e il tedesco. Agli Stati che successivamente aderirono non si poté ovviamente applicare un diverso trattamento».
[29] D. E. Tosi, *L'Unione europea e la questione linguistica a dieci anni dal Trattato di Lisbona: ancora in cerca della stella polare*, in *Federalismi.it*, 19, 2020, 91-92.
[30] *Ivi*, 88, nota 58, l'Autore spiega, al riguardo, che «Se è vero, infatti, che tutte le versioni linguistiche del Trattato fanno ugualmente fede, non tutte le lingue possono essere definite lingue di redazione del Trattato. Il testo, invero, è ancora quello originario redatto nel 1992, quando gli Stati membri erano 12 e le lingue dell'Unione

venga «parimenti tradotto in qualsiasi altra lingua determinata da uno Stato membro che, in base all'ordinamento costituzionale dello Stato in questione, sia lingua ufficiale in tutto il suo territorio o in parte di esso»[31]. Sulla base di questa disposizione il TFUE all'art. 20 attribuisce al cittadino europeo il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo e di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua; del pari l'art. 342 TFUE assegna, inoltre, il regime linguistico delle istituzioni dell'Unione a regolamenti deliberati dal Consiglio all'unanimità. A tal proposito l'art. 1 del regolamento n. 1/1958 stabilisce che le lingue di lavoro delle istituzioni dell'Unione sono le lingue ufficiali dell'Unione europea, ma, *ex* art. 6, «le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei propri regolamenti interni».

Dal canto suo, il Parlamento europeo[32] si distingue per l'obbligo di garantire il massimo livello possibile di multilinguismo: ai sensi dell'art. 167 del proprio regolamento, infatti, è statuito che tutti i documenti del Parlamento devono essere redatti nelle lingue ufficiali; i deputati hanno il diritto di esprimersi in Parlamento nella lingua ufficiale di loro scelta e gli interventi in una delle lingue ufficiali vengono simultaneamente interpretati in ognuna delle altre lingue ufficiali e in qualsiasi altra lingua ritenuta necessaria dall'Ufficio di Presidenza.

Nonostante la questione linguistica sia di competenza degli Stati membri e l'Unione europea si limiti a rispettare quanto deciso dagli stessi, l'ordinamento europeo si riserva comunque la possibilità di intervenire per garantire la diversità linguistica: l'art. 165 TFUE, paragrafo 1, ad esempio, stabilisce che «l'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche». È inoltre prevista *ex* art. 207, paragrafo 4, TUE una deliberazione all'unanimità del Consiglio per la negoziazione e la conclusione di accordi nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, qualora essi possano pregiudicare la diversità culturale e linguistica dell'Unione.

Il regime di multilinguismo europeo[33] ha chiaramente una funzione di garanzia dell'identità

---

erano solo 10, con le integrazioni e modifiche di volta in volta approvate negli anni. La versione del Trattato nelle lingue dei Paesi che hanno fatto ingresso nell'Unione successivamente, quindi, è frutto di una traduzione del testo originario. La circostanza è di particolare importanza se si considera la diversa ampiezza del margine di manovra in fase di elaborazione, piuttosto che di traduzione, di un testo normativo».

[31] E. Palici di Suni, *I diritti linguistici oggi: Italia e Unione Europea a confronto*, cit., a p. 543 spiega l'origine economica del regime linguistico dell'Unione europea.

[32] Circa il pluralismo linguistico europeo sono state adottate dal Parlamento europeo numerose risoluzioni tra cui la risoluzione del 24 marzo 2009 sul multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune (2008/2225(INI)), la risoluzione dell'11 settembre 2012 sull'istruzione, la formazione e la strategia Europa 2020, la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 settembre 2013 sulle lingue europee a rischio di estinzione e la diversità linguistica nell'Unione europea (2013/2007(INI)), la risoluzione del 7 febbraio 2018 sulla protezione e la non discriminazione delle minoranze negli Stati membri dell'UE (2017/2937(RSP)), la risoluzione del 12 giugno 2018 sulla modernizzazione dell'istruzione nell'UE (2017/2224(INI)), la risoluzione dell'11 settembre 2018 sull'uguaglianza linguistica nell'era digitale (2018/2028(INI)), la risoluzione dell'11 novembre 2021 sullo spazio europeo dell'istruzione: un approccio olistico condiviso (2020/2243(INI)), e la risoluzione del 13 novembre 2018 su norme minime per le minoranze nell'UE (2018/2036(INI)). In materia è intervenuta anche la Commissione nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni avente ad oggetto «il multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune», (COM (2008) 566).

[33] Uno degli obiettivi «della politica del multilinguismo dell'UE è far sì che ogni cittadino europeo parli due lingue straniere oltre alla propria. Il modo migliore per raggiungere questo risultato sarebbe insegnare ai bambini due lingue straniere fin dalla prima infanzia. I dati indicano che ciò può accelerare l'apprendimento delle lingue e migliorare anche la conoscenza della lingua madre. L'UE promuove l'apprendimento delle lingue perché: migliori conoscenze linguistiche consentono a un maggior numero di persone di studiare e/o lavorare all'estero,

nazionale e linguistica di tutti gli Stati membri, ma anche dei cittadini dell'Unione europea che devono essere in grado di comprendere le fonti europee, soprattutto quelle direttamente efficaci[34].

Come ben può desumersi da numerose sentenze, nella giurisprudenza europea, in cui emerge il difficile bilanciamento tra esigenze diverse (quali lingua di lavoro, garanzia delle identità nazionali e delle identità minoritarie), l'elemento linguistico è stato più volte oggetto di tutela[35]. Talvolta la Corte di giustizia ne ha operato un bilanciamento con il principio della libera circolazione dei lavoratori, chiarendo che quest'ultimo esige che al lavoratore cittadino di uno Stato membro e residente in un altro Stato membro sia riconosciuto il diritto di chiedere lo svolgimento di un procedimento penale instaurato nei suoi confronti in una lingua diversa da quella processuale usata di regola dinanzi al giudice investito della causa qualora i lavoratori nazionali possano, nelle stesse condizioni, avvalersi di questo diritto[36]. Successivamente il giudice europeo ha ribadito come le disposizioni del diritto dell'Unione non ostino all'adozione di una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato

e di migliorare le loro prospettive occupazionali; parlare altre lingue aiuta le persone provenienti da culture diverse a capirsi, un elemento essenziale in un'Europa multilingue e multiculturale; per operare in modo efficace in Europa, le imprese hanno bisogno di personale plurilingue; quello linguistico – traduzioni e interpretazione, insegnamento delle lingue, tecnologie per le lingue, ecc. – è uno dei settori economici che crescono più rapidamente». A tal proposito il Consiglio con la raccomandazione del 22 maggio 2019 su un approccio globale all'insegnamento e all'apprendimento delle lingue (2019/C 189/03) ha invitato gli Stati membri ad «aiutare tutti i giovani ad acquisire entro il termine del percorso di istruzione e formazione secondaria superiore — in aggiunta alle lingue di scolarizzazione —, se possibile, un livello di competenza in almeno un'altra lingua europea […] nonché […] di un'ulteriore (terza) lingua».

[34] Le misure adottate dall'UE a tutela delle libertà di circolazione di beni, persone, servizi e capitali hanno indirettamente inciso spesso sulla questione linguistica. Ad esempio la Direttiva 77/486/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1977, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti, prescriveva agli Stati di garantire nel proprio territorio «un'istruzione d'accoglienza gratuita che comporti in particolare l'insegnamento adattato alle esigenze specifiche di queste persone della lingua o di una delle lingue ufficiali dello Stato ospitante» (art. 2), e di disporre «le misure appropriate al fine di promuovere, coordinandolo con l'insegnamento normale, un insegnamento della madrelingua e della cultura del paese d'origine»(art. 3). In relazione alla circolazione dei beni, invece, si può richiamare la Direttiva 79/112/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1978, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità.

[35] Nelle conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro presentate il 16 dicembre 2004 e relative alla Causa C-160/03 (Regno di Spagna contro Eurojust) del 15 marzo 2005 si legge infatti che «il rispetto della diversità linguistica è uno degli aspetti essenziali della tutela riconosciuta all'identità nazionale degli Stati membri, come risulta dagli artt. 6, n. 3, UE e 149 CE […] In un'Unione concepita come spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che mira a creare una società caratterizzata dal pluralismo, il rispetto della diversità linguistica riveste un'importanza ancora più fondamentale. Questo risulta dal rispetto che l'Unione deve, ai sensi dell'art. 6, n. 3, UE, all'identità nazionale degli Stati membri. Il principio del rispetto della diversità linguistica, del resto, è stato espressamente sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Tale principio è una specifica espressione della pluralità costitutiva dell'Unione europea».

[36] Decisione *Mutsch* (decisione 11 luglio 1985, causa C-137/84). La Corte di Giustizia doveva stabilire nel caso in questione se un cittadino lussemburghese residente in un comune belga di lingua tedesca potesse difendersi in un procedimento penale di fronte ad un tribunale locale utilizzando il tedesco, possibilità riservata dalla legge ai soli imputati di cittadinanza belga. Essa sancì quindi che «La facoltà di usare la propria lingua in un procedimento dinanzi ai giudici dello Stato membro di residenza, alle stesse condizioni che valgono per i lavoratori cittadini di detto stato, contribuisce in notevole misura all'integrazione del lavoratore migrante e della sua famiglia nella società del Paese ospitante e quindi al raggiungimento dello scopo della libera circolazione dei lavoratori […] Il principio della libera circolazione dei lavoratori, stabilito dall'art. 48 del Trattato e in particolare dal regolamento del consiglio n.1612/68, esige che al lavoratore cittadino di uno Stato membro e residente in un altro Stato membro sia riconosciuto il diritto di chiedere che un procedimento penale instaurato nei suoi confronti si svolga in una lingua diversa dalla lingua processuale usata di regola dinanzi al giudice investito della causa qualora i lavoratori nazionali possano, nelle stesse condizioni, avvalersi di questo diritto».

membro, purché essa non sia lesiva di una libertà fondamentale come la libera circolazione dei lavoratori e non sia sproporzionata all'obiettivo da perseguire[37]. Non sono mancati, infatti, casi in cui questi ultimi due requisiti non siano stati rispettati spingendo la Corte di Giustizia a sanzionare le scelte legislative nazionali inerenti all'elemento linguistico. A tal proposito, possono menzionarsi diverse decisioni in cui la Corte ha basato le proprie sentenze sulla mancata proporzionalità tra norme adottate e obiettivi da perseguire[38].
Anche recentemente la Corte di Giustizia si è pronunciata sul delicato rapporto tra l'identità nazionale veicolata dalla lingua e il rispetto dei principi e delle libertà europee[39]. Il giudice europeo, infatti, si è espresso con la sentenza del 7 settembre 2022, *Boriss Cilevic̆s e a.* (causa C-391/20), in riferimento all'istruzione e, nello specifico, alla possibilità che, fatte salve alcune eccezioni, possano essere attivati programmi di studio superiori nella lingua ufficiale dello Stato membro[40]. In particolare, la Corte costituzionale lettone chiedeva se l'art. 45 TFUE e, in subordine, l'art. 56 TFUE impediscano l'adozione di una legge nazionale che scelga di prevedere che gli insegnamenti superiori debbano, tranne alcuni casi, essere tenuti nella lingua lettone, riconosciuta dall'articolo 4 della Costituzione lettone come lingua ufficiale.
Lo stesso Avvocato generale nelle conclusioni presentate nel marzo 2022 si era soffermato sulla nozione di identità nazionale *ex* art. 4, paragrafo 2, TUE: premettendo che «le questioni linguistiche sono tradizionalmente considerate strettamente connesse alla sovranità e all'identità nazionali», se da un lato viene affermato che la norma in questione «impone al legislatore dell'Unione di tenere conto dell'identità nazionale degli Stati membri al momento dell'adozione della legislazione» e che non spetta all'UE «determinare, per ciascuno Stato membro, gli elementi che fanno parte di tale nucleo dell'identità nazionale», dall'altro è sottolineato che tale obbligo «non può equivalere a un diritto dello Stato membro di ignorare a suo piacimento il diritto dell'Unione» pur disponendo «al riguardo, di un ampio margine di manovra». L'Avvocato, infatti, specifica che «gli elementi centrali dell'identità nazionale invocati da uno Stato membro devono necessariamente essere compatibili con il quadro

[37] In proposito si ritiene opportuno menzionare le decisioni *Groener* (decisione 28 novembre 1989, causa C-379/87) e *Runevič-Vardy* (decisione 12 maggio 2011, causa C-391/09). Il primo caso concerneva la signora Anita Groener, che aveva presentato richiesta di assunzione per un posto a tempo pieno di professore di belle arti presso il *College of Marketing* di Dublino. La richiesta venne rifiutata poiché non aveva l'attestato di conoscenza della lingua irlandese (il c.d. *Ceard-Teastas Gaeilge*), necessario per poter divenire docente in assenza di altri candidati qualificati. Alla luce della politica linguistica della Costituzione irlandese, la Corte di giustizia ritenne il requisito richiesto compatibile con il diritto europeo poiché finalizzato alla promozione della lingua nazionale in maniera proporzionale e non discriminatorio. La seconda fattispecie riguardava una cittadina lituana, appartenente alla minoranza polacca, residente con il marito (cittadino polacco) e il figlio in Belgio. La ricorrente, ritenendo limitata la propria libertà di circolazione e soggiorno sancita *ex.* 21 TFUE, dapprima lamentava il rigetto della richiesta di rilascio di documenti di identità contenenti il proprio cognome scritto correttamente secondo le regole di grafia della minoranza polacca; in secondo luogo, reclamava i problemi dovuti alla divergenza tra la trascrizione nel suo documento del cognome di famiglia e quella riportata nel documento del proprio coniuge e, infine, si doleva del mancato utilizzo dei segni diacritici propri della lingua del proprio Paese di origine nei propri documenti.
[38] Tra queste: la decisione 6 giugno 2000, causa C-281/98 (caso *Roman Angonese*), la decisione 24 novembre 1998, causa C-274/96, (caso *Bickel/Franz*), la decisione 27 marzo 2014, causa C-322/13 (caso *Las*), la decisione 5 febbraio 2015, causa C-317/14 (caso *Commissione europea contro Regno del Belgio*) e la decisione 27 marzo 2014, causa C-322/13 (caso *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer contro Katerina Pokorná*).
[39] S. Ninatti e M. Galimberti, *Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti*, cit., pp. 161-162; G. De Vergottini, *La lingua come fattore identitario: un'introduzione*, in *Rivista AIC,* 1, 2023, 104; G. Demuro, *Lingua e identità nazionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2023.
[40] Nel caso in questione la Corte di giustizia si è espressa sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta *ex* art. 267 TFUE dalla Corte costituzionale della Lettonia avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 49 (libertà di stabilimento) e 56 TFUE (libertà di prestazione dei servizi) nonché dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (libertà d'impresa).

costituzionale dell'Unione europea e, più in particolare, con i suoi valori fondanti (articolo 2 TUE) e i suoi obiettivi (articolo 3 TUE)», motivo per cui quando uno Stato membro invoca l'articolo 4, paragrafo 2, TUE come giustificazione di una restrizione delle libertà del mercato interno, giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere che «la misura nazionale dovrebbe essere oggetto del tradizionale controllo di proporzionalità». Non stupisce dunque che nelle conclusioni l'Avvocato si sia espresso dichiarando compatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale, finalizzata allo sviluppo e alla promozione della lingua ufficiale dello Stato, che «impone, fatte salve talune deroghe, agli istituti di istruzione superiore finanziati essenzialmente con fondi privati di offrire programmi di studio unicamente in tale lingua […] purché sia idonea e necessaria alla realizzazione dell'obiettivo dichiarato e garantisca un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco».

Tale ragionamento è stato condiviso dalla Corte di Giustizia che, riconoscendo al punto 87 il controlimite della identità nazionale[41], ha statuito che le norme volte a garantire le libertà europee non possano impedire ad uno Stato membro di adottare una normativa che imponga agli istituti di istruzione superiore l'obbligo di impartire gli insegnamenti esclusivamente nella lingua ufficiale «purché una siffatta normativa sia giustificata da motivi connessi alla tutela dell'identità nazionale di quest'ultimo, vale a dire che sia necessaria e proporzionata alla tutela dell'obiettivo legittimamente perseguito» poiché «l'Unione rispetta parimenti l'identità nazionale dei suoi Stati membri, in cui è compresa anche la tutela della o delle loro lingue ufficiali».

L'identità linguistica nazionale è dunque tutelata in ambito europeo finché non si configura come «identità costituzionale incostituzionale» ovvero identità costituzionale che non sia «in contrasto con i principi fondamentali comuni agli Stati membri e alla Unione, sanciti a partire all'art. 2 TUE»[42].

L'art. 4, paragrafo 2, TUE sembra così ricomprendere quella porzione di identità nazionale che, caratterizzando e diversificando i vari Stati membri tra loro, determina quella diversità culturale e linguistica che l'Unione europea è chiamata a rispettare e preservare e che, infatti, costituisce quella percentuale di sovranità nazionale che non ha subito limitazioni nel processo d'integrazione europea[43].

L'identità europea, dunque, è il risultato dell'integrazione tra gli Stati membri e, essendo pertanto legata alle identità nazionali, determina «la percezione diffusa, tra i membri di un gruppo, di far parte di un 'noi'»[44]. Per tale ragione, escludendo qualsiasi forma di abuso[45], il rispetto dell'identità nazionale potrebbe in un'ottica solidaristica, da un lato, rafforzare l'Unione europea e, dall'altro, rappresentare un confine, varcato il quale l'applicazione del diritto europeo diverrebbe lesivo delle ponderazioni fondamentali interne. In questo caso l'identità nazionale "opererebbe nella stessa logica dei controlimiti, fino a poter essere con

[41] G. Demuro, *Lingua e identità nazionale in Europa*, cit., 96.
[42] P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, cit., 636-637.
[43] S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 77.
[44] A. Lo Giudice, *Logiche dell'identità*, in G. Bombelli, B. Montanari (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Milano, 2008, 177. L. Degrassi, *Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea*, in *Federalismi.it*, 7, 2018, 8, definisce l'identità europea come «il frutto dell'integrazione europea fra gli Stati membri, è in buona sostanza l'esito di un processo interculturale dinamico che attinge al passato, che vive nel presente e che si propone per il futuro».
[45] A. Ruggeri, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 3, 2007, 319 ss., spiega che, appartenendo all'UE, gli Stati membri condividono valori e obiettivi europei che costituirebbero parte della stessa identità nazionale, ragion per cui la tutela di quest'ultima non potrebbe sfociare in decisioni antieuropeiste.

questi identificata"[46].

3. La tutela della lingua della Corte costituzionale. La giurisprudenza della Corte di Giustizia si pone in sintonia con le Corti costituzionali europee che si sono occupate dell'elemento linguistico come strumento identitario. Con riferimento all'Italia, come si vedrà *infra*, la Corte costituzionale si è più volte pronunciata in merito all'uso della lingua nazionale sia in relazione alle minoranze linguistiche sia con riferimento all'idioma internazionale ovvero l'inglese.

A tal proposito è di particolare rilevanza citare la sentenza n. 42/2017 dalla Corte costituzionale[47], che per la prima volta si è concentrata sulla tutela della lingua italiana da un «pericolo esterno»[48].

Con questa sentenza la Consulta si è espressa sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato avente ad oggetto la disposizione che consente l'attivazione di corsi di studio universitari esclusivamente in lingua straniera[49]. Il Giudice amministrativo di secondo grado dubitava della legittimità costituzionale della suddetta disposizione in riferimento all' art. 3 Cost., poiché «non tiene conto delle diversità esistenti tra i diversi insegnamenti e in quanto non si può in ogni caso giustificare l'abolizione integrale della lingua italiana per i corsi desiderati»; all'art. 33 Cost. perché l'imposizione di una lingua straniera per scopi didattici pregiudicherebbe «la libertà della comunicazione con gli studenti [compresa

---

[46] S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 62-63: «Fermo restando quanto appena detto, si potrebbe anticipare da subito una parte degli esiti della presente ricerca: permane un discrimine netto tra identità costituzionale intesa come controlimite e le summenzionate forme di degenerazione della stessa (populismo antieuropeista). Infatti, al di là di ogni altra considerazione, mentre i controlimiti – come chi scrive proverà a mostrare – si possono connotare in senso dialogico e non meramente oppositivo, il populismo antieuropeista esclude del tutto un simile approccio, tendendo invece ad eliminare definitivamente l'elemento che si presume generi oppressione (come mostra chiaramente la Brexit, cui si accennerà infra, par. 4). Inoltre, la ponderazione fondamentale che dà corpo ai controlimiti si ricava dall'applicazione del canone della ragionevolezza, sotteso al test di bilanciamento; invece, l'antieuropeismo si alimenta di emozioni irrazionali (la summenzionata angst), che spingono larga parte della popolazione a considerare praticabili anche soluzioni estreme, più "nazionalistiche" che nazionali, pur se controproducenti anche per lo Stato che le pone in essere».

[47] Tra gli altri si vedano le considerazioni di M. A. Cabiddu, *La sentenza costituzionale n. 42 del 2017: difesa della lingua italiana dalla globalizzazione*, in *Studium iuris*, 11, 2017; Q. Camerlengo, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale (intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017; P. Caretti, A. Cardone, *Il valore costituzionale del principio di ufficialità della lingua italiana*, in *Giur. cost.*, 1, 2017; R. Carta, *La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; V. Cocozza, *A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'interpretazione conforme è un adempimento solo formale?*, in *Quad. cost.*, 2, 2017; D. U. Galletta, *Internazionalizzazione degli Atenei e tutela dei principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità nell'accesso all'istruzione universitaria e della libertà di insegnamento: alla ricerca del punto di equilibrio (commento a Corte cost., sentenza 2017/42)*, in *Giur. cost*, 1, 2017; Id, *Internazionalizzazione degli Atenei e corsi di studio in lingua straniera: fra conseguenze 'a sistema del contenzioso' sui corsi 'solo in inglese' al Politecnico di Milano e possibili scenari futuri*, in *Federalismi.it*, 4, 2018; G. Mancini Palamoni, *La lingua italiana come bene culturale in se*, in *Dir. amm.*, 1, 2020; G. Milani, *Una sentenza anacronistica? La decisone della Corte costituzionale sui corsi universitari in lingua inglese*, in *Federalismi.it*, 9, 2017; C. Napoli, *A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'opportunità dell'intervento della Corte attenua l'onere di interpretazione conforme?*, in *Quad. cost.*, 2, 2017; F. Rimoli, *Internazionalizzazione degli atenei e corsi di lingua straniera: la Corte accoglie l'inglese difendendo l'italiano*, in *Giur. cost.*, 1, 2017; R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. n. 42/2017*, in *Il Foro italiano*, n. 4, parte I, 2017.

[48] G. Demuro, *Identità linguistica e forma di stato*, in *Rivista Aic*, 1, 2023, 133-134.

[49] Specificamente il Consiglio di Stato ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 6 e 33 della Costituzione, avente ad oggetto l'art. 2, c. 2, lett. *l)*, l. n. 240/2010 «nella parte in cui consente l'attivazione generalizzata ed esclusiva (cioè con esclusione dell'italiano) di corsi [di studio universitari] in lingua straniera».

nella libertà di insegnamento] attraverso l'eliminazione di qualsiasi diversa scelta eventualmente ritenuta più proficua da parte dei professori»; e, altresì, all'art. 6 Cost., principio fondamentale da cui la Consulta ricava, come si vedrà *infra*, il principio della ufficialità della lingua italiana, assunto consolidatosi nella giurisprudenza costituzionale.
La Corte costituzionale, non condividendo pienamente le censure sollevate, ha adottato una sentenza interpretativa di rigetto[50], con cui, riconoscendo come legittima la costituzione di singoli corsi in lingua inglese, seppur affiancati da corsi in italiano, ha rafforzato il principio della primazia della lingua italiana: il Giudice delle leggi ha infatti affermato che l'obiettivo della internazionalizzazione «deve essere soddisfatto senza pregiudicare i principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità di accesso all'istruzione universitaria e della libertà di insegnamento» poiché «la lingua italiana è dunque, nella sua ufficialità, e quindi primazia, vettore della cultura e della tradizione immanenti nella comunità nazionale, tutelate anche dall'art. 9 Cost.».
La Corte, ben consapevole della presenza di numerosi fattori (quali la progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti, l'erosione dei confini nazionali e la globalizzazione) che hanno comportato la diffusione di un forte plurilinguismo all'interno della società, ha specificato che «tali fenomeni, tuttavia, non debbono costringere quest'ultima [la lingua italiana] in una posizione di marginalità: al contrario […] il primato della lingua italiana non solo è costituzionalmente indefettibile, bensì […] diventa ancor più decisivo per la perdurante trasmissione del patrimonio storico e dell'identità della Repubblica, oltre che garanzia di salvaguardia e di valorizzazione dell'italiano come bene culturale in sé».
In dottrina, pur essendo pacifico che nessun'altra lingua possa negare la primazia dell'italiano, molto si è discusso sul significato da attribuire a questa sentenza interpretativa di rigetto. Secondo una tesi, infatti, tale decisione consacra definitivamente la lingua nel novero delle identità culturali[51]; mentre un'altra corrente dottrinale ritiene che si tratti di una sentenza anacronistica e potenzialmente pregiudizievole di un lungo arco temporale improntato all'integrazione costituzionale del pluralismo linguistico[52].
Com'è evidente, comunque, la Corte ha convintamente sottolineato il valore primario, culturale e identitario legato alla lingua nazionale: l'identità linguistica è, infatti, rivendicabile come controlimite anche a livello internazionale ed europeo in quanto, qualora venisse lesa, determinerebbe un pregiudizio della propria identità nazionale[53].

4. La tutela della lingua nell'ordinamento. Come noto, nell'ordinamento italiano, la tutela della lingua non è riconosciuta ufficialmente da una disposizione costituzionale, nonostante a tal proposito, sin dalla XIII Legislatura, siano state avanzate proposte in tal senso, che sono tuttavia tramontate già all'inizio dell'*iter* parlamentare[54].

[50] V. Cocozza, *A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'interpretazione conforme è un adempimento solo formale?,* cit., 371-373; C. Napoli, *A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'opportunità dell'intervento della Corte attenua l'onere di interpretazione conforme?*, cit., 374-377.
[51] Tra gli altri P. Caretti, *La Corte costituzionale e l'italiano come lingua ufficiale della Repubblica*, in https://accademiadellacrusca.it/it/contenuti/internazionalizzazione-s-ma-non-contro-litaliano/7410, marzo 2017; E. Palici Di Suni, *I diritti linguistici oggi: Italia e Unione Europea a confronto*, cit., 537-554, riconosce, invece, la lettura secondo il principio di proporzionalità della Corte costituzionale.
[52] Si vedano, tra i tanti, G. Milani, *Una sentenza anacronistica? La decisione della Corte costituzionale sui corsi universitari in lingua inglese (Nota a Corte cost., sent. n. 42/2017*), cit., 12.
[53] G. De Vergottini, *La lingua come fattore identitario: un'introduzione*, cit., 103-104; G. Demuro, *Identità linguistica e forma di stato*, cit., 136.
[54] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 1 ss.; M. C. Grisolia, *La lingua italiana: un valore da tutelare? Problemi e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2015, 13; F. Ratto

Issn 2421-0528

È d'uopo specificare che la mancata previsione dell'ufficialità della lingua in Costituzione sia stata in realtà «volontaria»[55]. Nel Regno d'Italia circa l'80% della popolazione era analfabeta e solo una piccolissima percentuale era in grado di esprimersi in italiano[56], motivo per cui tale idioma inizialmente si presentava come «lingua di minoranza»[57]. L'unificazione linguistico - culturale si realizzò soltanto in un secondo momento ovvero durante il periodo fascista quando si diffuse il ricorso a politiche nazionaliste repressive dei dialetti e delle lingue minoritarie[58]. Proprio per evitare gli errori del passato, all'indomani della Seconda guerra mondiale l'Assemblea costituente ritenne necessario prevedere un'ulteriore garanzia a tutela delle minoranze linguistiche rispetto alla «sola» eguaglianza *ex* art. 3 da collocare tra i principi fondamentali[59]. Anche lo Statuto Albertino, infatti, prevedeva nell'art. 24 l'eguaglianza formale di «tutti i regnicoli», tuttavia non sanciva il divieto di discriminazione per ragioni di lingua e tristemente note sono le conseguenze di tale scelta nel regime fascista in cui la negazione di ogni tutela era la regola. Si pervenne così alla formulazione dell'art. 6 Cost, estrinsecazione degli artt. 2 e 3 Cost. e «tratto fisionomico della dimensione costituzionale repubblicana»[60], in cui si pervenne alla tutela non delle lingue, bensì delle minoranze linguistiche, e quindi di coloro che si esprimono in un differente idioma. Un aspetto negativo di questo principio fondamentale veniva però sottolineato da una parte della dottrina che rinveniva il «vero difetto dell'articolo» nel «silenzio intorno all'ufficialità della lingua italiana» poiché «una sua menzione nel testo costituzionale avrebbe giovato tecnicamente alla maggior completezza e alla migliore architettura della Carta medesima»[61].

Attualmente l'ufficialità della lingua italiana è riconosciuta dall'art. 1, l. n. 482/1999 recante «Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche». Tale legge ha risposto alla necessità di limitare la discrezionalità del Legislatore (dovuta all'assenza in Costituzione di una definizione di minoranza linguistica) in tema di gruppi linguistici meritevoli di tutela ed infatti ne delimita un «numero chiuso»[62].

Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana: un'occasione per la valorizzazione degli idiomi regionali e locali*, in *Il Politico: rivista italiana di scienze politiche*, 223, 2010, 233 e ss.

[55] C. Marazzini, *Breve storia della questione della lingua*, Roma, 2018, 111: «il pensiero dei costituenti andava verosimilmente alle grandi minoranze etniche residenti sul suolo italiano, che erano state perseguitate o danneggiate dalla politica del fascismo. Nella Costituzione italiana, per contro, non vi è una sola parola a proposito della lingua italiana e della sua funzione nazionale». Questo a differenza dello Statuto Albertino che all'art. 62 sanciva espressamente: «la lingua italiana è la lingua ufficia delle Camere. È però facoltativo di servirsi della francese ai membri che appartengono ai paesi in cui questa è in uso e in risposta ai medesimi».

[56] M. A. Cabiddu, *La lingua e il mito (dell'internazionalizzazione)*, cit., 561.

[57] A. Stussi, *Lingua, dialetto e letteratura*, in *Storia di Italia. 1. I caratteri originali*, Torino, 1972, 679.

[58] M. A. Cabiddu, *La lingua e il mito (dell'internazionalizzazione),* cit., 562 ss.; R. Carta*, La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 6, spec. nota 30; F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana: un'occasione per la valorizzazione degli idiomi regionali e locali*, cit., 233 e p. 246.

[59] V. Piergigli., *Art. 6 Cost.*, in R. Bifulco – A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 155 ss.

[60] Corte cost., sent. n. 170/2010.

[61] P. Fiorelli, *I diritti linguistici delle minoranze*, *in Archivio per l'Alto Adige*, Bolzano, 1948, 352.

[62] G. Demuro, *Identità linguistica e forma di stato*, cit., 130. La legge in questione elenca all'art. 2 le minoranze linguistiche tutelate e all'art. 3 la procedura di individuazione dell'ambito territoriale e sub-comunale in cui applicare tali misure. La Corte costituzionale definisce le minoranze linguistiche «comunità necessariamente ristrette e differenziate, nelle quali possono spontaneamente raccogliersi persone che, in quanto parlanti tra loro una stessa «lingua», diversa da quella comune, custodiscono ed esprimono specifici e particolari modi di sentire e di vivere o di convivere» (sent. n. 170/2010). In merito alla nozione di minoranza linguistica si veda F. Paterniti, C. Sagone, *La tutela delle minoranze linguistiche tra "prudenza" statale e slanci regionali alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 144 e ss. In dottrina è stato evidenziato come la l. 482/1999 abbia contribuito a superare l'«agnosticismo» in tema di minoranze linguistiche. Si veda in proposito V. Piergigli, *La legge 15 dicembre*

L'adozione di questa legge si rese necessaria anche in seguito all'adozione da parte del Consiglio d'Europa della Carta europea delle lingue regionali e minoritarie entrata in vigore nel 1998[63] con cui l'Italia aveva assunto l'onere di «valorizzare» l'intero patrimonio linguistico nazionale quale «valore da tutelare non solo nell'interesse delle singole comunità, ma soprattutto nell'interesse dell'identità culturale e democratica (di ciascuno di esse)»[64].
Tra gli Stati membri dell'UE l'Italia è uno di quelli che si caratterizza maggiormente per una grande varietà di lingue minoritarie e dialetti[65]. La stessa Costituzione è notoriamente ispirata al pluralismo: ciò si evince chiaramente dagli artt. 2, 3 e 9 Cost., sanciti a tutela del pluralismo culturale, e dall' art. 6 Cost., secondo cui «la Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche».
È importante sottolineare come tale norma attribuisca alla Repubblica e non allo Stato il compito di tutelare le minoranze linguistiche e, analogamente, anche la l. n. 482/1999 prevede che sia la Repubblica a valorizzare il patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana e a promuovere la valorizzazione delle lingue e delle culture tutelate dalla stessa legge. Si è voluto quindi stabilire una connessione non tra la dimensione linguistica e lo Stato, quale persona giuridica, ma con la Repubblica, «istituzione complessiva, orientata, nella pluralità e molteplicità delle sue componenti, ad esprimere e tutelare elementi identitari» secondo la già citata sentenza n. 170/2010 della Corte costituzionale[66].
È dunque chiaro che in Italia l'ufficialità della lingua deve essere bilanciata con il riconoscimento delle lingue minoritarie, come si desume anche dalla normativa ordinaria e dalla giurisprudenza costituzionale, pacifica (pur riconoscendo espressamente nella sentenza n. 28/1982 l'italiano come unica lingua ufficiale[67]) nel garantire un'adeguata tutela alle minoranze linguistiche.
Già a partire degli anni '60 la Consulta si è espressa sul rapporto tra lingue minoritarie e lingua italiana: a partire già dalla prima sentenza[68] la Corte, chiamata a pronunciarsi perché il ricorrente lamentava l'impossibilità di utilizzare esclusivamente in certi casi la lingua tedesca, è giunta alla conclusione che un uso esclusivo della lingua tedesca non è assicurato né dall'accordo di Parigi né dallo Statuto speciale, «i quali hanno garantito l'uso di quella lingua su una base di parità con l'italiano, ma non hanno vietato l'uso della lingua italiana».

1999, n. 482 («Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche») ovvero dall'agnosticismo al riconoscimento, in *Rass. parl.*, 3, 2000, 623 ss.

63 All'art. 1 definisce una «lingua minoritaria o regionale» come «diversa da quella/e ufficiale/i di uno Stato e dai suoi/loro dialetti e tradizionalmente usata in un dato territorio di uno Stato da cittadini dello stesso che formano un gruppo numericamente inferiore rispetto al resto della popolazione».

64 L. Condorelli, D. Russo, *La tutela delle lingue minoritarie nel diritto internazionale*, in P. Caretti, A. Cardone (a cura di), *Lingue e diritti*. Vol. II, *La lingua come fattore di integrazione politica e sociale. Minoranze storiche e nuove minoranze*, Firenze, 2014, 29.

65 E. Palici Di Suni, *I diritti linguistici oggi: Italia e Unione Europea a confronto*, cit., 538.

66 P. Torretta, *Diritti fondamentali e protezione delle "istanze collettive di diversità": il caso delle minoranze linguistiche*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2, 2014, 697 ss.

67 In questa sentenza la Consulta asserisce che «la Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale, da usare obbligatoriamente, salvo le deroghe disposte a tutela dei gruppi linguistici minoritari, da parte dei pubblici uffici nell'esercizio delle loro attribuzioni». In merito si veda A. Cardone, *Tre questioni costituzionali in tema di ufficialità della lingua italiana e di insegnamento universitario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2015; P. Carrozza, *Il prudente atteggiamento della Corte in tema di "garanzie linguistiche" nel processo e sue conseguenze sulla condizione giuridica della minoranza slovena*, in *Il Foro italiano*, 1982, parte I, 1815; E. Palici Di Suni, *Corte costituzionale e minoranze linguistiche: la sentenza n. 28 del 1982 fra tradizione e innovazione*, in *Giur. cost.*, 1982, 808.

68 Corte cost., sent. n. 32/1960. P. Cesareo, *La parità linguistica in provincia di Bolzano*, in *Giur. cost.*, 1960; C. Mortati, *Influenza delle convenzioni internazionali in ordine alla tutela dell'uso della lingua tedesca della provincia di Bolzano*, in *Giur. cost.*, 1960.

Considerata la complessità della materia, la Corte inoltre asserisce che «l'uso della lingua costituisce una delle più delicate materie nelle quali esigenze di unità e di eguaglianza impongono l'esclusiva potestà del legislatore statale»[69].
Il Giudice delle leggi, ancora, esplicita che la rappresentanza proporzionale dei gruppi linguistici locali si configura «come norma direttamente espressiva del principio generale di tutela delle minoranze linguistiche»[70] poiché la tutela delle stesse «costituisce principio fondamentale dell'ordinamento, in quanto espressione delle garanzie all'uopo indicate dall'art. 6 Cost.»[71].
Successivamente, con un'altra importante sentenza e sulla scia di una giurisprudenza consolidata[72], la Consulta sostiene che, rappresentando un elemento fondamentale di identità culturale, «il diritto all'uso della lingua materna nell'ambito della comunità di appartenenza è un aspetto essenziale della tutela costituzionale delle minoranze etniche» collegato ai principi fondamentali *ex* artt. 2 e 3 Cost.[73], fino a sancire che la garanzia delle lingue minoritarie si configura come «modo di tutela dell'identità linguistica del soggetto appartenente alla comunità di minoranza» e ciò perché proprio nella lingua il Giudice delle leggi ravvisa un «elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare»[74].
È essenziale, tuttavia, sottolineare come l'utilizzo delle lingue minoritarie sia circoscritto al territorio in cui è insediata la comunità linguistica: «la lingua italiana quale 'lingua ufficiale della Repubblica' […] funge da criterio interpretativo generale delle diverse posizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica», motivo per cui la competenza legislativa appartiene allo Stato «titolare di un proprio potere di individuazione delle lingue minoritarie protette, delle modalità di determinazione degli elementi identificativi di una minoranza linguistica da tutelare, nonché degli istituti che caratterizzano questa tutela, frutto di un indefettibile

[69] Tale principio è stato ribadito anche nella successiva sentenza n. 1/1961 (in proposito si veda A. Pizzorusso, *Competenza legislativa in materia di uso della lingua in Alto Adige ed altri problemi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1961, parte I, sez. I, 862.
[70] Corte cost., sent. n. 289/1987. La Corte costituzionale definì le norme dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige espressive del principio generale *ex* art. 6 Cost. e dunque derivanti «da quell'insieme di princìpi dell'ordinamento giuridico che, oltre a vincolare la legislazione regionale e provinciale […], pongono ad essa un indirizzo generale che la abilita a stabilire norme di tutela delle minoranze linguistiche anche al di là degli specifici casi espressamente indicati dallo statuto regionale». P. Carrozza, *La Corte ribadisce la competenza regionale in tema di misure di tutela delle minoranze linguistiche*, in *Le Regioni*, 1, 1988. In senso analogo anche la sentenza n. 312/1983 con cui la Consulta rinvenne nella tutela delle minoranze linguistiche uno dei «princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, che si pone come limite e al tempo stesso come indirizzo per l'esercizio della potestà legislativa (e amministrativa) regionale e provinciale».
[71] Corte cost., sent. n. 768/1988.
[72] Vengono infatti richiamate le decisioni precedenti nn. 312/1983, 289/1987 e 768/1988.
[73] Ci si riferisce alla sentenza n. 62/1992. In merito, tra gli altri, si vedano S. Bartole, *La tutela della minoranza slovena fra giurisprudenza costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Giur. cost.*, 1, 1992; D. Bonamore, *Il cammino verso l'eguaglianza fra processo penale e processo civile in cui sono parte le minoranze linguistiche*, in *Giustizia civile*, 1992; P. Carrozza, *La Corte e l'uso dello sloveno nel processo (samo-pahor colpisce ancora...)*, in *Le Regioni,* 1, 1993; E. Palici Di Suni, *Minoranze linguistiche riconosciute ed operatività diretta dell'art. 6 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 7, 1992.
[74] Corte cost., sent. n. 15/1996 (L. Antonini, *Minoranza slovena e uso della lingua nel processo tutela riconosciuta (soltanto a Trieste?)*, in *Le Regioni*, 4, 1996; S. Bartole, *L'uso della lingua slovena nel processo civile a Trieste*, in *Il Corriere giuridico*, 5, 1996; A. Dapas, *La tutela della minoranza slovena nel processo. Il recente intervento della Corte costituzionale*, in *Il Foro amministrativo*, 1997; D. Monego, *Tutela dello sloveno nel processo civile e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 1996). Il rapporto tra lingua e identità è stato più volte ribadito successivamente dalla Corte. Ad esempio, nella sentenza n. 88 del 2011 si afferma che «la lingua [è] un elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare». Si vedano in merito A. Anzon Demming, *La Corte apre a "nuove" minoranze?*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1307 e ss. e C. Sagone, *Lingua, minoranze e strumenti di tutela tra Stato e Regioni*, in *Diritti regionali,* 1, 2023.

bilanciamento con gli altri legittimi interessi coinvolti ed almeno potenzialmente confliggenti …). E ciò al di là della ineludibile tutela della lingua italiana»[75].
Sulla base di questo assunto la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione della l. reg. Piemonte n. 11/2009, limitatamente alle parole «la lingua piemontese», per violazione dell'art. 6 Cost. e della norma interposta dalla legge n. 482/1999, avendo la Regione attribuito alla lingua piemontese «un valore analogo a quello riconosciuto» alle lingue minoritarie poiché non è consentito alla legge regionale introdurre una tutela di una lingua non ricompresa nel novero di quelle previste dalla legge statale[76].
Da ultimo va citata anche la sentenza n. 81/2018[77] con cui la Corte costituzionale, premettendo nuovamente che la tutela delle minoranze linguistiche *ex* art. 6 Cost. sia espressione dei fondamentali principi del pluralismo sociale *ex*. art. 2 Cost. e dell'eguaglianza formale e sostanziale *ex* art. 3 Cost., ribadisce che l'aspetto linguistico è un elemento costitutivo della identità individuale e collettiva dei singoli e dei gruppi: pertanto, la tutela delle minoranze linguistiche «è considerata espressione paradigmatica di una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale, i cui principi debbono ritenersi applicabili a tutte le minoranze, siano esse religiose, etniche o nazionali, oltre che linguistiche».

5. Considerazioni conclusive. Da questa breve disamina può quindi comprendersi come l'identità linguistica «sia la manifestazione più evidente dell'identità culturale»[78], ragion per cui la Corte costituzionale è sempre stata impegnata nella tutela della lingua italiana sia da quelli che taluno definisce «pericoli interni», determinati da una sovra-tutela delle lingue

[75] Corte cost., sent. n. 159/2009. In proposito, *ex plurimis*, F. Albo, *La tutela delle minoranze linguistiche tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale alle prese con uno speciale modello di riparto della potestà legislativa*, in *Giur. it.*, 5, 2010; S. Bartole, *Lingue minoritarie e potestà legislativa regionale.*, in *Giur. cost.*, 3, 2009; D. Bonamore, *Conflitto fra Stato e Regione in tema di tutela delle lingue minoritarie e dei loro parlanti (art. 6 Cost.)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2010; A. Cardone, *Tre questioni costituzionali in tema di ufficialità della lingua italiana e di insegnamento universitario*, cit.; W. Cisilino, *La disciplina giuridica sull'uso della lingua friulana nella pubblica amministrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2016; U. Haider-Quercia, *La tutela delle minoranze e il sistema di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni*, in *www.italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it*, 1, 2020; F. Palermo, *La Corte "applica" il Titolo V alle minoranze linguistiche e chiude alle Regioni.*, in *Giur. cost.*, 3, 2009; E. Palici Di Suni, *La tutela delle minoranze linguistiche tra Stato e Regioni: un ritorno al passato?*, in *Giur. cost.*, 3, 2009; E. Stradella, *La tutela delle minoranze linguistiche storiche tra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009; R. Toniatti, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di un "nuovo" modello di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

[76] Corte cost., sent. n. 170/2010 cit. In merito si rimanda alle osservazioni di G. Delledonne, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla «lingua piemontese»: fra tutela delle minoranze linguistiche e incerti limiti di un «costituzionalismo regionale»*, in *Le Regioni*, 4, 2011; P. L. Geti, *Federalismo linguistico, tutela delle minoranze ed unità nazionale: Un nemis a l'é tròp e sent amis a basto nen*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2010; L. Panzeri, *Il riconoscimento giuridico delle minoranze tra unità nazionale ed istanze territoriali*, in *Il Foro amministrativo (C.d.S.)*, 10, 2010; U. Haider - Quercia, *La sentenza n. 170/2010 e la questione della competenza legislativa regionale in tema di tutela delle minoranze linguistiche*, in *Federalismi.it*, 15, 2010.

[77] Si vedano le opinioni dottrinali di S. Bartole, *Individuazione di minoranza protetta, competenza statale e attuazione di convenzione internazionale in materia*, in *Giur. cost.*, 2, 2018; P. Caretti, *"I veneti prima!", lo slogan d'oltre oceano suggestiona anche le Regioni?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10, 2018; P. Colasante, *La tutela delle minoranze e il sistema di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni*, in *www.italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it*, 1, 2019; R. Dickmann, *La Corte costituzionale estende il paradigma dell'art. 6 Cost. a tutte le minoranze e contesta la competenza della legge regionale a identificare la popolazione locale come minoranza nazionale*, in *Federalismi.it*, 2018; L. Panzeri, *La qualificazione del "popolo veneto" come minoranza nazionale tra rivendicazioni identitarie e giudizio di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 4, 2017; C. Sagone, *Lingua, minoranze e strumenti di tutela tra Stato e Regioni*, cit.

[78] E. Grasso, *Multilinguismo e funzione pubblica. Dal prestigio del modello francese alla costruzione dell'identità europea*, cit., 14, secondo cui essa si configura come «un sistema di rappresentazione, il modo di concepire l'universo, ricordarlo e di esteriorizzarlo attraverso il comportamento più profondo dell'essere umano».

minoritarie, sia da «fattori esterni», quali plurilinguismo e globalizzazione[79].
Anche alla luce delle numerose preoccupazioni sollevate da istituzioni come l'Accademia della Crusca riguardanti il progressivo scadimento del valore attribuito alla lingua italiana, recentemente molto si è discusso di due interventi di natura legislativa: una proposta (costituita da 8 articoli) reca *Disposizioni per la tutela e la promozione della lingua italiana e istituzione del Comitato per la tutela, la promozione e la valorizzazione della lingua italiana*[80] e un disegno di legge costituzionale mirante al riconoscimento dell'italiano come lingua ufficiale della Repubblica e al suo inserimento nell'art. 12 Cost.[81]. La lingua, in questo caso, diverrebbe un simbolo del Paese affiancando la bandiera tricolore. In tali proposte è più volte ribadita la necessità prioritaria di tutelare la lingua italiana in un'ottica di salvaguardia nazionale e di difesa di profili identitari che danno un senso comune alla vita di una nazione al punto da affermare che dove c'è unità linguistica c'è unità nazionale.

Appare imprescindibile una riflessione sull'opportunità di inserire in Costituzione una disposizione che sancisca l'italiano come lingua ufficiale al pari di altri Paesi come Francia, Portogallo e Lettonia. Il tramonto delle precedenti iniziative volte a questo fine attesta non solo una persistente volontà verso questa introduzione, ma anche la presenza di spinte contrarie dovute probabilmente al timore di alterare l'equilibrio tra la lingua italiana e minoranze linguistiche[82].
Le diverse proposte succedutesi nel tempo hanno mostrato come la lingua possa essere collegata a diverse disposizioni costituzionali, ipotizzando talvolta un intervento inerente all'art. 6, talvolta all'art. 9 e altre all'art. 12 e ognuna di queste possibilità potrebbe avere ripercussioni indubbiamente rilevanti. Non stupisce, in particolare, che tutti i tentativi riguardanti l'art. 6 non abbiano avuto seguito soprattutto per non pregiudicarne la portata e la logica sottesa[83]. Per ciò che concerne invece l'art. 9 Cost., inserire un comma secondo cui la Repubblica «riconosce la lingua italiana come fondamento culturale della Nazione e propria lingua ufficiale»[84] potrebbe essere «ambiguo» e veicolare «progetti politici di segno opposto, sulla base di un concetto di 'nazione' suscettibile di essere riempito di contenuti del tutto eterogenei»[85].
Nonostante i timori che possono accompagnare l'introduzione di una simile disposizione in

[79] G. Demuro, *Identità linguistica e forma di stato*, cit., 133-134.
[80] Proposta di legge (C. 734), presentata il 23 dicembre 2022 e assegnata alle Commissioni riunite I Affari Costituzionali e VII Cultura in sede referente il 31 marzo 2023. Tale proposta «con l'intento di tutelare il patrimonio linguistico italiano, garantisce l'utilizzo della lingua italiana nella fruizione di beni e di servizi, nell'informazione e nella comunicazione, nelle attività scolastiche e universitarie, nonché nei rapporti di lavoro e nelle strutture organizzative degli enti pubblici e privati. Essa prevede, altresì, l'istituzione del Comitato per la tutela, la promozione e la valorizzazione della lingua italiana».
[81] Disegno di legge costituzionale n. 337 degli Atti del Senato, comunicato alla Presidenza il 16 novembre 2022 e assegnato alla I Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente il 27 dicembre 2022.
[82] M. C. Grisolia, *La lingua italiana: un valore da tutelare? Problemi e prospettive*, cit., 13 ss.
[83] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, cit., 15 – 16.
[84] XVIa Legislatura, Camera dei deputati, Proposta di legge costituzionale *Modifica all'articolo 9 della Costituzione concernente il riconoscimento della lingua italiana come fondamento culturale della nazione e lingua ufficiale della Repubblica* (n. 2768), presentata il 2 ottobre 2009; Proposta di legge costituzionale *Modifica all'articolo 9 della Costituzione ai fini del riconoscimento della lingua italiana come fondamento culturale della nazione e lingua ufficiale della Repubblica* (n. 3148), presentata il 26 gennaio 2010.
[85] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, cit., 16 ss., anche se ricondurre la lingua all'interno di questa disposizione costituzionale potrebbe «concorrere (forse) a 'disintossicare' politicamente la questione, sottraendola alle polemiche ed alle difficoltà riconducibili agli articoli 6 (minoranze) e 12 (simboli nazionali) della Costituzione». L'Autore sottolinea come «in ogni caso –sia che si intenda agire sull'articolo 6 della Costituzione, che sul 9 o sul 12- appare chiaro che la proposta di costituzionalizzazione dell'italiano rappresenta un'operazione sostanzialmente politica, più che giuridica».

Costituzione, tuttavia, è importante sottolineare il significato di questa revisione. Esplicitare nella Carta fondamentale la primazia della lingua italiana quale lingua ufficiale del Paese potrebbe essere effettivamente funzionale a rievocare il ruolo e la funzione assegnati all'italiano in una società eterogenea e multilingue in cui l'apertura allo scambio e la diffusione di altri idiomi non deve condurre a trascurare la tutela e la valorizzazione di profili identitari nazionali[86]. Lungi dall'assumere un carattere repressivo, il riconoscimento costituzionale dell'italiano, inteso come «lingua comune di una sola Nazione»[87], all'art. 12 tra i simboli della Repubblica potrebbe evidenziare un «minimo unificante di cittadinanza»[88] e «un minimo comune denominatore dell'identità nazionale»[89]: ciò si è reso necessario anche alla luce di zone del territorio nazionale in cui la centralità dell'italiano è messo seriamente in discussione da una sovra-tutela delle minoranze linguistiche e da posizioni autonomiste eccessive che tendono a valorizzare dialetti di comunità minoritarie, che dovrebbero avere un profilo aggiuntivo, e non surrogatorio, rispetto alla lingua comune[90]. Questo in considerazione anche del rapporto tra italiano e minoranze linguistiche dovute ai flussi migratori, che non sono ricomprese nella l. n. 482/1999[91]. La costituzionalizzazione dell'ufficialità dell'italiano sarebbe probabilmente idonea a rifuggire «lo schema lingua nazionale/sovranità (e ora anche) /cittadinanza, con effetti escludenti anziché inclusivi»[92].

La modifica costituzionale in questione identificherebbe l'appartenenza degli italiani a un'unica comunità nazionale[93] poiché la lingua rappresenta un elemento non solo unificante la società già esistente, ma anche riunificante in una società globalizzata e multilinguista[94]: l'italiano deve essere considerato non come l'idioma ufficiale del Paese, bensì come lingua comune degli italiani, intendendo per questi ultimi i cittadini e coloro i quali ambiscono a diventarlo attraverso una lingua condivisa. Con questa riforma, dunque, lo Stato costituzionalizzerebbe accanto al proprio carattere pluralistico, un carattere «inclusivo, proponendo (e difendendo) i propri valori ('ulteriori', generali e supremi), e pretendendone il rispetto e la condivisione da parte di tutti»[95].

A parere di chi scrive è, altresì, necessaria un'altra breve riflessione. Un sistema *multilevel* di protezione dei diritti[96], a cui è soggetto il cittadino europeo, è caratterizzato da una duplice

---

[86] M. C. Grisolia, *La lingua italiana: un valore da tutelare? Problemi e prospettive*, cit., 14.

[87] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, cit., 23.

[88] *Ibidem*. F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana: un'occasione per la valorizzazione degli idiomi regionali e locali*, cit., 252, ritiene che questa modifica costituzionale potrebbe «assumere il chiaro significato di una risposta ad alcune supposte spinte centripete, ossia a istanze, legittime, di federalismo e di autonomia che prendono sistematicamente corpo in maniera sempre più forte».

[89] XVI Legislatura, Camera dei deputati, Relazione alla proposta di legge costituzionale *Modifica all'articolo 12 della Costituzione in materia di riconoscimento dell'italiano quale lingua ufficiale della Repubblica* (n. 443), presentata il 29 aprile 2008.

[90] Cfr. Disegno di legge costituzionale n. 337 degli Atti del Senato.

[91] In proposito si rinvia a P. Caretti, A. Cardone, *La legge n. 482 del 1999: problemi applicativi ed esigenze di riforma*, in P. Caretti, A. Cardone (a cura di), *Lingue e diritti. Lingua come fattore di integrazione politica e sociale. Minoranze storiche e nuove minoranze*, Firenze, 2014, vol. II, 97 - 110.

[92] P. Caretti, *Lingua e Costituzione*, in *Rivista Aic*, 2, 2014, 7.

[93] F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana: un'occasione per la valorizzazione degli idiomi regionali e locali*, cit., 256 spiega che «in tal modo, la pretesa da parte di altre lingue o dialetti di un sistema di garanzie, simile a quello già ottenuto dalle minoranze linguistiche nel le Regioni di confine, sarebbe così ampiamente bilanciata».

[94] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, cit., 17 – 18.

[95] M. Franchini, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?*, cit., 22.

[96] P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; P. Bilancia, F. G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; P. Bilancia, E. De Marco, F. G. Pizzetti, *"Nuovi diritti" e "tutela multilivello dei diritti"*, in P. Bilancia, E. De

tensione ovvero, da un lato, la spinta all'armonizzazione delle tutele e, dall'altro, la garanzia e la tutela dei tratti distintivi di ogni sottosistema perché, com'è stato sottolineato in dottrina, «una visione uniforme sui diritti umani emerge ancora con fatica ed […] è anche giusto (oltre che inevitabile) che sia così, poiché nessun popolo può rinunciare all'identità e all'originalità che gli vengono dalle sue tradizioni e dalla sua cultura»[97].

Partendo da questo presupposto, dunque, anche in una prospettiva internazionale ed europea, l'identità nazionale degli Stati membri, non essendo un dato stabile e fisso «acquisito una volta per tutte, bensì un punto di riferimento mobile, relativamente fluido, sottoposto a continue verifiche e a mutamenti indotti dall'esterno»[98], dovrebbe essere definita come una identità dialogica[99], frutto del proficuo e continuo dialogo tra Corti costituzionali, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia dell'Unione europea, giudici operanti «in base a differenti *rationes*, con differenti strumenti di tutela dotati a loro volta di un diverso grado di effettività»[100] poiché appartenenti a ordinamenti diversi e rappresentativi di tre differenti sistemi autonomi di valori giuridici[101]. Non a caso, nella concezione europea, in virtù del carattere notoriamente plurimo e fluido dell'identità, si ricorre all'espressione *multilevel governance* poiché non è possibile rinvenire un'identità precisa se non «il risultato della somma di molte interpretazioni costituzionali»[102].

Il parametro che dovrebbe ispirare tale dialogo potrebbe essere costituito da valori comuni (tra cui, ad esempio, il rispetto della dignità umana e della libertà) agli Stati membri *ex* art. 2 TUE, che dovrebbero guidare la Corte di Giustizia, da un lato, e le Corti costituzionali nazionali, dall'altro, «verso un progressivo ravvicinamento delle rispettive ponderazioni fondamentali, che non comprometterebbe la diversità interna esistente negli ordinamenti dei singoli Stati membri»[103], tentando di realizzare un modello di «*ius commune* europeo dei diritti fondamentali»[104]. I valori comuni europei, pertanto, rappresentando un elemento di rigidità costituzionale europeo, delineerebbero le frontiere delle diversità nazionali riconosciute dall'art. 4, paragrafo 2, TUE[105]. In questo modo tale norma, prevedendo un margine di discrezionalità, consentirebbe agli Stati membri di preservare i propri tratti distintivi costituzionali, culturali e linguistici, senza incorrere in conflitti con il diritto europeo[106]. Così

Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le istituzioni e la società*, Milano, 2021; A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.

97 R. Sapienza, *I diritti dell'uomo sulla scena internazionale: A 60 anni dalla Dichiarazione universale*, in *Aggiornamenti sociali,* 2008, 508. F. Angelini, *Il Trattato che adotta una costituzione per l'Europa alla prova delle corti costituzionali nazionali. Le pronunce del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale costituzionale spagnolo*, cit., 193: «il processo di armonizzazione nella tutela dei diritti non coincide necessariamente con una sorta di processo di omologazione strisciante in cui vada dispersa la varietà e la particolarità delle singole esperienze costituzionali nazionali».

98 F. Ferrarotti, *Identità dialogica*, Pisa, 2007, 81.

99 *Ibidem*. Allo stesso modo E. Grasso, *Multilinguismo e funzione pubblica. Dal prestigio del modello francese alla costruzione dell'identità europea*, cit., 18, asserisce che «l'identità nazionale è perciò contingente e relazionale e coesiste con una complessità multiculturale che comporta la continua ricerca di nuove sintesi di riconoscimento e di soddisfacimento di istanze identitarie». Si veda anche S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 89.

100 P. Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 16 maggio 2006, consultabile al sito *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/anticipazioni/multilivello_frontiere/index.html*

101 F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, 79 ss.

102 G. Demuro, *I controlimiti e le identità costituzionali*, cit., 17.

103 S. Polimeni, *L'identità costituzionale come controlimite*, cit., 78.

104 G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1, 2006, 7 ss.

105 S. Ninatti, M. Galimberti, *Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti*, cit., 157-158.

106 M. E. Bartoloni, *Il multilinguismo in ambito processuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Lingua e processo. La lingua come fattore di integrazione nel settore della giustizia*, Torino, 2015, 2.

operando, le identità nazionali, superando il primato del diritto europeo, si consolidano «applicando i criteri della giurisdizione multilivello sui diritti fondamentali»; anzi assumono un carattere maggiormente inclusivo rinsaldando la tutela multilivello dei diritti «secondo una prospettiva di relazione tra la sovranità nazionale e l'intreccio delle tutele dei diritti fondamentali»[107].
Alla luce di queste considerazioni, quindi, anche le decisioni aventi ad oggetto l'identità nazionale veicolata dalla lingua dovrebbero perseguire lo scopo di tutelare una identità linguistica multilivello[108].

Abstract. La lingua contribuisce a forgiare l'identità di ciascuno, sia nella sua accezione individuale che in quella collettiva ed è altresì un elemento costitutivo dell'identità nazionale. Tale concetto può essere considerato uno strumento di difesa della sovranità costituzionale, ma può anche rilevare per la risoluzione di possibili conflitti nel sistema multilivello. Il presente lavoro si occupa in particolare dell'identità linguistica indagando il rapporto tra lingua e ordinamento europeo in cui convivono notoriamente identità (nazionali e culturali) plurime.

Abstract. Language contributes to forging everyone's identity, both in its individual and collective meaning and is also a constitutive element of national identity. This concept can be considered a tool for the defense of constitutional sovereignty, but it can also be relevant for the resolution of possible conflicts in the multilevel system. This work deals in particular with linguistic identity by investigating the relationship between language and the European system in which multiple identities (national and cultural) notoriously coexist.

Parole chiave. Lingua – identità – plurilinguismo – cultura – Costituzione.

Key words. Language – identity – multilingualism – culture – Constitution.

[107] G. Demuro, *I controlimiti e le identità costituzionali*, cit., 23.
[108] E. Palici di Suni, *La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie*, in *Percorsi costituzionali*, I, 2, 2008. T. De Mauro, *Monolinguismo addio*, in *L'educazione linguistica democratica*, Bari, 2018, 85 e ss., afferma che «Il diritto alla lingua è un diritto personale, soggettivo: esso si manifesta tanto nel diritto e bisogno di mantenere la propria parlata nativa, quanto nel diritto e bisogno di arricchire il proprio patrimonio di lingua acquisendone una nuova e diversa da quella nativa. […] Soltanto l'effettiva tutela di questo diritto […] apre le porte […] all'effettiva partecipazione di tutti alla gestione paritaria della vita pubblica. […] E nel mondo d'oggi non si vede altra via, per affermare i pari diritti di individui e popoli, se non quella di un'intensa educazione plurilingue generalizzata».

SFIDE ESISTENZIALI E RESILIENZE IDENTITARIE NELLA GEOPOLITICA INFORMAZIONALE: L'IDENTIKIT EUROPEO TRA SOVRANITÀ E COSTITUZIONALISMO DIGITALE*

di Isabella de Vivo**

Sommario. 1. Introduzione: la *data sovereignty* dalla prospettiva europea. – 2. Datificazione e diritti fondamentali: l'ontologia dei *big data*. – 2.1. il perimetro di tutela del «diritto all' identità personale» secondo il *GDPR*. – 3. La valenza duale dei dati: i dati come asset strategico e il «capitalismo politico» statunitense. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione: la data sovereignty dalla prospettiva europea. La capacità di ogni Stato di definire autonomamente il proprio quadro regolamentare concernente l'economia digitale, il potere di controllo sulle infrastrutture strategiche, sicurezza informatica e disinformazione costituiscono l'attuale sfida «esistenziale» che gli ordinamenti democratici si trovano ad affrontare.

Scenari di emergenza quali l'impatto transfrontaliero delle guerre dell'informazione, dalla crisi pandemica al conflitto russo-ucraino, nonché la crescente tensione sino-americana in tema di *data sovereignty* hanno reso improcrastinabile la necessità di convergenze normative a livello europeo, rendendo palese come sovranità informativa e controllo dei dati sia precondizione di resilienza degli istituti democratici.

In questo scenario, la strategia dell'Unione per costruire la c.d. «sovranità digitale europea» rappresenta il tentativo dell'Europa di riaffermare la propria identità normativo-valoriale a livello geopolitico in linea con le sue radici etiche e costituzionali anche nell'ecosistema digitale.

L'espressione «sovranità digitale» utilizzata, per la prima volta, dalla presidente della Commissione Ursula von der Leyen durante il suo discorso sullo stato dell'Unione del 16 settembre 2020[1], si è diffusa e ricorre in una serie di recenti documenti ufficiali dell'UE, di cui alcuni di carattere strategico[2], gli altri connessi agli atti normativi, emanati ed emanandi, che vanno a comporre il *Digital Services Package (DSP),* ossia in nuovo pacchetto regolamentare

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottoranda di ricerca in Storia e culture dell'Europa – Università di Roma La Sapienza.

[1]Cfr. U. Von Der Leyen, *State of the Union,* https://ec.europa.eu; cfr. *A Union That Strives For More: My Agenda for Europe (Political Guidelines for the Next European Commission 2*019-2024), ove U. Von Der Leyen sottolinea l'importanza di investire sulla «nostra sovranità tecnologica». Il presidente della Commissione Junker parlava già dal 2018 dell'«ora della sovranità europea». Cfr. Commissione europea, *State of the Union 2018*: *The Hour of European Sovereignty* https:// ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu2018-speech_en_0.pdf

[2] Si veda ad esempio la *Nuova strategia industriale per l'Europa* della Commissione (10 marzo2020), le conclusioni del Consiglio: *Plasmare il futuro digitale dell'Europa* (9 giugno 2020), le raccomandazioni della Commissione per un approccio comune al 5G (18 settembre 2020), le conclusioni del Consiglio sulla sicurezza cibernetica dei dispositivi interconnessi (10 dicembre 2020), le *Priorità legislative dell'UE per il 2021*(18 gennaio 2021), la *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale* (9 marzo 2021) e da ultimo i documenti connessi ai regolamenti che vanno a comporre il *Digital Services Package* tra cui il *DSA*, il *DMA*, il *DGA*, il *Data Act*, e l'*AI-Act*.

europeo che segna il punto di svolta verso quella che è stata salutata come la nuova e «terza fase di internet»[3]: il c.d. *regulated internet.*

Distanziandosi dai modelli di stampo stato-centrico, tradizionalmente miranti alla «sovranità informativa nazionale»[4] e rinvenibili tanto in regimi autoritari, quanto in democrazie liberali, la strategia europea per il digitale, nasce e si sviluppa, come alternativa alla dicotomia assiale che distingue il modello liberale basato sull'autoregolamentazione dell'industria (c.d. *industry self-regulation)*[5] cifra della c.d. *open internet era*[6] – dai modelli sovranisti tipici di regimi autoritari quali Russia e Cina [7]. Se le rivendicazioni di questi ultimi, hanno, infatti, da sempre riguardato la governance dei protocolli critici di Internet che consentono l'accesso alle informazioni, il

[3] L. Floridi, *The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry,* in *Philos. Technol.* 34, 619-622, 2021. In merito ai problemi e alle relative risposte istituzionali che segnano il passaggio dalla *platformized internet* al *regulated internet,* si veda almeno T. Flew, *Regulating Platforms,* Hoboken, New Jersey*,* 2021.

[4] Sui piani di frammentazione e territorializzazione delle reti tipici degli approcci stato-centrici miranti al *c.d. digital sovereignism o digital statism* si veda M. Mueller, *Will the internet fragment? Sovereignty, globalization and cyberspace,* in Polity. 2017; N. Möllers *Making digital territory: Cybersecurity, techno-nationalism, and the moral boundaries of the state,* in *Science, Technology & Human Values*, 46 (1), 112-138, 2020. In particolare sulla *Sovereign RuNet* e il tentativo di rinazionalizzazione della rete russa tramite il controllo dei pacchetti di dati in entrata e in uscita dal territorio in modo da isolare la rete russa dal resto del mondo si veda L. Pétiniaud, K. Limonier, M. Bertran *Russia's Pursuit of Digital Sovereignty*, *political, Industrial and Foreign Policy Implications and Limits*, in G. Glasze, A. Cattaruzza, F. Douzet, F. Dammann C. Bômont, M. Braun, D. Danet, A. Desforges, A. Géry, S. Grumbach, P. Hummel, K. Limonier, M. Münßinger, F. Nicolai, L. Pétiniaud, J. Winkler, C. Zanin, *Contested Spatialities of Digital Sovereignty*, 924-928, 2022. In merito si veda anche J. Nocetti, *Contest and conquest: Russia and global internet governance,* in *International Affairs,* 91(1), 111-130, 2015. Sulla tensione sino-americana per la *digital data sovereignity* e il tentativo statunitense di nazionalizzazione del controllo sui dati si veda G. De Ruvo, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma,* in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 4, (1),113-124, 2022. Nell'ambito degli studi di media sciences, si veda S. Couture, S. Toupin, *What does the notion of "sovereignty" mean when referring to the digital?*, in *New Media & Society,* 21, (2), 2305-2322, 2019.

Per la prospettiva geopolitica si veda anche J. Pohle, T. Thiel, *Digital sovereignty,* in *Internet Policy Review*, 9(4), 2020. Rilevando come il significato specifico di sovranità vari in base ai diversi contesti nazionali e agli accordi degli attori, ma anche e soprattutto in base all'idea e al tipo di autodeterminazione che questi attori enfatizzano, gli studi geo-politici mettono in rilievo come nella prospettiva europea, che fa perno sul concetto di sovranità digitale individuale, l'attuale configurazione della trasformazione digitale, diversamente dagli approcci di stampo autoritario, sembra essere problematizzata come una minaccia allo Stato sovrano – nella misura in cui si traduce in una minaccia al soggetto sovrano, in particolare sul punto si veda J. Winkler e F. Dammann, *Digitally Competent – "Digitally Sovereign" – Digitally Civic*: *geopolitics of Subject Formation in the German Context,* in G. Glaze *et al., passim*, 2023. Si veda anche J. Pohle *Digital sovereignty – a new key concept of digital policy in Germany and Europe*, 2020; D. Lambach, *The Territorialization of Cyberspace* in I*nternational Studies Review*, 22(3), 482-506, 2019; L. Floridi, *The fight for digital sovereignty: what it is, and why it matters, especially for the EU,* in *Philosophy and Technology* 33, (3), 369-378, 2020.

[5] C.d. *Industry self regulation*, in merito si veda *infra.*

[6] La vocazione liberale dell'internet delle origini fondata sull'idea per cui *«Life in cyberspace is regulated primarily through the code of cyberspace»* ha collocato il mondo digitale in una dimensione a-giuridica, basata su una autoregolamentazione di tipo esclusivamente tecnico che, da un lato, avrebbe dovuto consentire il superamento dei limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government* e, dall'altro, garantire la libertà degli utenti rispetto ai poteri centralizzati. Cfr. L. Lessig, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

[7] Sulle caratteristiche distintive dell'approccio europeo alla sovranità digitale e le sue intersezioni con il costituzionalismo digitale si veda M. Santaniello, il quale rileva come il progetto europeo per la sovranità digitale «pur promuovendo i valori e i principi delle democrazie liberali, si opponga alle istanze isolazioniste con un approccio polifonico, aperto anche ai contributi della società civile» cfr. *Sovranità digitale e diritti fondamentali un modello europeo di Internet governance,* in *Rivista italiana di informatica e diritto* 4, 1 47-5, 2022; id. *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 3, 579-600, 2021; G. De Gregorio, P. Dunn, *Profiling under Risk-based Regulation: Bringing together the GDPR and the DSA*, in *ctfassets.net*, 2018; S. Torregiani, *Il Data Act: una versione europea del Data Nationalism*?, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 5, 2, 131-146, 2024.

progetto europeo si inserisce e va letto, infatti, nel quadro del «costituzionalismo digitale»[8], ossia quella «costellazione di iniziative che hanno provato ad articolare un insieme di diritti politici, norme di governance, e limitazioni all'esercizio del potere su Internet»[9] volte a ripristinare l' equilibrio costituzionale prodotto dall'avvento della tecnologia digitale. Emerge dunque un'idea di sovranità non quale fine in sé, ma quale obiettivo strumentale e preordinato a dotare di efficacia i principi elaborati nel framework di un costituzionalismo «spontaneo» e ciò tramite il recupero dalla centralità del momento politico (*Political costitutionalism*) - segnatamente, della deliberazione democratica – nella tutela dei diritti fondamentali[10].

In un ecosistema come quello digitale, per vocazione transnazionale, che vede la cesura di quell'accoppiamento strutturale tra diritto e politica che nelle Costituzioni nazionali ha trovato la propria sintesi[11], il costituzionalismo digitale è emerso, infatti, quale forma di «costituzionalismo sociale» *(Societal consitiutionalism*) ossia come espressione di una democratizzazione autopoietica della rete, nata sulla spinta di soggetti che operano al di fuori di un contesto strettamente politico, come le organizzazioni non governative e le comunità epistemiche.[12] Il nuovo *corpus* regolamentare (*Digital Services Package*) espressione dell'attuale approccio europeo all'internet governance, mira, allora, «ad abilitarlo proceduralmente» al fine di rendere effettiva la protezione dei diritti fondamentali al di là dei confini territoriali[13] .

8 Per una rassegna della letteratura sul tema del costituzionalismo digitale si veda E. Celeste, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in HIIG *Discussion Paper Series,* 2, 2018 ed in generale sul tema: G. De Gregorio *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law,* 19, (1), 41-70, 2020; N. Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms,* in *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium* 2016, SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889. Sui rapporti che intercorrono tra discorso politico e processi di costituzionalizzazione della rete: C. Padovani, M. Santaniello, *Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Inter-net Eco-System,* in *International Communication Gazette,* 80, 4,.295-301, 2018; M. Santaniello, E. De Blasio, N. Palladino, D. Selva, E. De Nictolis, S. Perna, *Mapping the debate on Internet Constitution in the networked public sphere,* in *Comunicazione politica,* 3, 327-35, 2016.

9 Così L. Gill, D. Redeker, U. Gasser, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, *Berkman Center Research Publication*, 15, 2015, 2.

10 Sul concetto le diverse declinazioni e i relativi limiti del costituzionalismo politico si veda G. Pino, *Chi deve essere il custode dei diritti?* in *Rivista di Diritti comparati,* 3, 1, 2022; nella dottrina internazionale in tema di *political constitutionalism*: J. Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights,* in *Oxford Journal of Legal Studies,* 13, 1,18-51, 1993; T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy,* London, 2004. Con riferimento alla dottrina italiana A. Pintore, *Diritti insaziabili, in L. Ferrajoli, Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* E. Vitale, (a cura di), Roma-Bari, 2001, 9-200*; id., I diritti della democrazia,* Roma-Bari, 2003.

11 Cfr. G. Teubner, *Global Bukovina. Legal pluralism in the World Society,* in G. Teubner (ed.), *Global law without a State,* Aldershot, 1997, 6.

12 Si rimanda ancora a G. Teubner*, Societal Constitutionalism; Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*' in C. Joerges, I.J. Sand, G. Teubner (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism. International Studies in the Theory of Private Law*, Hart 2004; Id. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization,* Oxford, 2012; id. *The project of constitutional sociology: Irritating nation state constitutionalism,* in *Transnational Legal Theory,* 4, 44-58, 2013; Id. *Nuovi conflitti costituzionali,* Milano, 2012, 69; Id. *Il costituzionalismo della società transnazionale, in Quaderni costituzionali,* 1, 2014, 196; A. JR. Golia, G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates*, in *ICL Journal,* 15, 4, 357-411, 2021. Per una visione critica si veda M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale:* in *Diritto pubblico*, 3, 2021.

13. Cfr. M. Santaniello, *Sovranità digitale e diritti fondamentali*, *passim*, 49, il quale descrive una «maturazione» del costituzionalismo digitale, che non si limita più a una mera elencazione di diritti e principi, ma si spinge fino a costruire, e a organizzare, un nuovo insieme di poteri pubblici, il cui esercizio è posto in capo a vecchie e nuove istituzioni. Così anche E. Celeste, *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives.* in F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn (a cura di), *Data Protection beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Hart, 2021. Il modello europeo rappresenterebbe, dunque, un tentativo di democratizzare e costituzionalizzare Internet cfr. G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union* 19(1) in *International Journal of Constitutional Law,* 41-70, 2020

Vi è tuttavia un *discrimen* importante rispetto alle forme di costituzionalismo pre-digitale: se quest'ultime hanno, infatti, storicamente affrontato e limitato l'esercizio del potere da parte dello Stato nazionale e l'autonomia dei privati è stata costruita in un'ottica di bilanciamento con il potere pubblico, nel mondo digitale sono le grandi piattaforme a interfacciarsi con le persone, raccogliendone i dati, profilandole, condizionandone il pensiero. Nel mutato contesto geopolitico lo sforzo è, dunque, prima di tutto volto ad arginare il potere politico di attori che potremmo definire «ibridi»[14] o «para-pubblici»[15] in grado di limitare prerogative tipicamente statuali quali il bilanciamento dei diritti fondamentali.

Assumendo configurazioni sempre più simili allo Stato e ad altre autorità pubbliche, la loro struttura sembra riflettere un cambiamento fondamentale nei sistemi politici e giuridici delle democrazie occidentali, seguendo la direttrice di quello che è stato definito un nuovo tipo di «sovranità privata funzionale»[16]. Il costituzionalismo digitale consiste, allora, primariamente nell'articolare i limiti dell'esercizio del potere privato della società in rete[17] in modo da sfidare l'emergente «algocrazia»[18].

Data la vocazione naturalmente transnazionale della governance del digitale, il cambiamento paradigmatico che caratterizza il mutato contesto geopolitico è, tuttavia, duplice. Le forme di colonialismo normativo/culturale derivanti dall'imposizione surrettizia di assetti valoriali e obiettivi strategici non sempre compatibili con le prerogative dell'Unione, derivano non soltanto dalla «privatizzazione»[19] del bilanciamento dei diritti fondamentali, ma anche dalle interferenze governative extra-UE che vedono poteri pubblici e privati- «uniti per la sorveglianza»[20] - porsi in rotta di collisione con gli standard di tutela che informano l'architettura costituzionale europea. In conseguenza, le sfide poste dal nuovo ordinamento algoritmico (o meglio algocratico) e la sua costante evoluzione, coinvolgono ampiamente il

---

14 Sul tema la letteratura è amplissima si veda almeno: G. De Gregorio, *The Law of the Platforms. In: Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society,* in *Cambridge Studies in European Law and Policy,* Cambridge, 80-122, 2022; M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto,* 2, 43-64, 2021; O. Pollicino, G. De Gregorio *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, passim; A. Simoncini, E. Longo, *New technologies and the rise of the algorithmic society*, in H-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio (a cura di). *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society,* Cambridge, 3,24, 1-23, 2021; A. Venanzoni, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale, passim,* 5-34.

15 Parla di funzione «quasi-pubbliche» G. De Gregorio, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society,* in *European Journal of Legal Studies,* 11(2), 65-103, 2019, 3; id. *The rise of digital constitutionalism*, *passim*, 18 e ss. O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*,in Il Sole 24 Ore, 14 maggio 2014.

16 F. Pasquale, *From-Territorial-To-Functional-Sovereignty. The Case Of Amazon*, in *opendemocracy.net,* 2018; D. Feldner, *Designing A Future Europe,* in D. Feldner (a cura di), *Redesigning Organizations: Concepts for the Connected Society*, 2020.

17 Così C. Padovani, M. Santaniello, *Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Internet Eco-System, passim*, 295-301.

18 Cfr. J. Danaher, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation,* in *Philosophy and Technology* 29 (3), 245-268, 2016.

19 Si veda in merito M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019. Sull'attività del *FB Oversight Board* come plastica espressione della «privatizzazione della giustizia digitale su scala globale» si veda O. Pollicino, L' "*autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19, 2019.

20 In merito si veda Simitis, il quale rileva come il governo americano «non si attenga più alla tradizionale raccolta diretta di dati, ma si rivolga a entità private. Così facendo, lo Stato non solo riconosce che la maggior parte dei dati è conservata nel settore privato, ma stabilisce anche un modello di elaborazione che combina sistematicamente le informazioni raccolte sia nel settore pubblico che in quello privato». S. Simitis, *Privacy - An Endless Debate?* In *California Law Review*. 98,1989-2005, 2010, 2003. Sulle «porte girevoli» tra *Google* e il Governo americano si veda S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism, The fight for a human future at the new frontier of power,* 122, New York, 2019.

principio dello Stato di diritto non soltanto per la questione relativa ai limiti da imporre alla determinazione privata nell'implementazione di tali tecnologie a protezione dei diritti fondamentali, ma anche in relazione alla possibilità di assicurare a livello tanto transnazionale, e come vedremo anche regionale, gli standard di protezione garantiti a livello europeo.
In questa nuova architettura verticalmente triangolare e orizzontalmente globale che informa l'economia digitale, il tema della governance e del controllo di quella che ne costituisce la risorsa base – i c.d. *big data* – è necessariamente trasversale a qualsiasi tentativo di regolazione della rete e vede dunque convergere al suo interno gli attuali sforzi normativi dell'UE (dal GDPR al lancio da parte della Commissione della Strategia per il Mercato Unico dei Dati, al *Digital Services Package*) che descrivono l'attuale metamorfosi della governance della rete.
Nel tentativo di comprendere appieno gli obiettivi e gli ostacoli che, a livello internazionale e regionale, attualmente, si frappongono al descritto tentativo europeo di costituzionalizzazione del digitale, attraverso il primario obiettivo di garantire una data governance globale orientata alla tutela dei diritti fondamentali, con l'analisi che segue si proverà, preliminarmente, a disambiguare la comprensione della natura dei dati - comunemente definiti la «nuova materia prima» del «capitalismo informazionale» (o *plaform capitalism*)[21] – mettendone in luce la natura essenzialmente bifronte derivante dalla loro rilevanza strategica tanto nel settore civile, quanto militare.
Per quanto, infatti, le operazioni di sorveglianza e di *data mining*[22] vengano, solitamente intese da un punto di vista strettamente commerciale, motivo per cui per cui la maggior parte degli studi e delle ricerche tende a concentrarsi in particolare sull'analisi dei dati estratti dalle grandi

[21] Il termine «capitalismo di piattaforma», anche detto «capitalismo informazionale» o «capitalismo dei big data», vede un ristretto oligopolio di società private, (il riferimento va in particolare all'oligopolio pentagonale costituito dalla c.d. GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft negli USA e alla c.d. BATX: (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi, in Cina), detenere il controllo della maggior parte delle infrastrutture critiche e del relativo traffico dati, condizione da cui deriva l'accentramento del controllo delle condizioni di esistenza e possibilità dell'intero spazio comunicativo globale nonchè le stesse possibilità di esistenza dello spazio. Sul tema e per la definizione di capitalismo informazionale si veda J. Cohen, *Between Truth and Power: the Legal Constructions of Informational Capitalism,* Oxford 2019; C. Fuchs *Karl Marx in the Age of Big Data Capitalism. Digital Objects*, in: D. Chandler, C. Fuchs (a cura di) *Digital Objects, Digital Subjects: Interdisciplinary Perspectives on Capitalism, Labour and Politics, in the Age of Big Data*, London, 2019. Si veda altresì N. Srincek, *Platform capitalism.* Polity Press, tr.it. a cura di C. Papaccio, *Capitalismo digitale,* Roma, 2017; N. Couldry, U.A. Meijas,*The costs of connection: How data is colonising human life and appropriating it for capitalism*. Stanford, 2019; D.Nguyen, B. Beijnon, *The data subject and the myth of the 'black box' data communication and critical data literacy as a resistant practice to platform exploitation*, in *Information, Communication & Society,* 2023.

[22] *Il data mining* è il processo di esplorazione e analisi di enormi volumi di dati detenuti da grandi organizzazioni, governi e colossi tecnologici per scoprire *pattern* nascosti, relazioni all'interno dei dati, trend e altre informazioni significative. Set provenienti da diverse fonti (come database, *data warehouse*, file di log, social media e sensori) vengono analizzati ed animati strutturando ed estraendo conoscenza e valore da tracce digitali eterogenee, tramite tecniche di *big data analytics*, *machine learning* – basato tanto su algoritmi di apprendimento supervisionato (es. alberi decisionali, reti neurali), quanto su algoritmi di apprendimento non supervisionato (es. *k-means clustering,* algoritmi di associazione) – e *deep learning* (reti neurali artificiali). Volendo fornire un quadro orientativo dei principali settori in cui il *data mining* trova applicazione, comunemente oggetto di indagine, avremo: 1) *Marketing:* analisi del comportamento per segmentare il mercato e personalizzare le offerte; previsione delle vendite e analisi delle tendenze di mercato; 2) Comunicazione, *Social Media*: analisi dei sentimenti, monitoraggio delle tendenze; determinazione dei comportamenti di consumo informativo tramite algoritmi di raccomandazione (RS) e di personalizzazione dei contenuti; 3) Finanza: rilevamento di frodi finanziarie e gestione del rischio; analisi del credito e previsione delle insolvenze; 4) Sanità: analisi dei dati dei pazienti per migliorare la diagnosi e il trattamento; monitoraggio delle epidemie e gestione della salute pubblica; 5) Produzione e Logistica: ottimizzazione dei processi produttivi e gestione della catena di approvvigionamento. Come vedremo, tuttavia, il settore civile non esaurisce l'ambito di sviluppo e applicazione delle tecniche di data mining.

piattaforme a scopo pubblicitario[23], non può dimenticarsi come i dati, presupposto ontologico dello sviluppo dell'Intelligenza Artificiale – costituiscano al contempo, la *condicio sine qua non* della implementazione della stessa anche in campo bellico. Si proverà, dunque, preliminarmente, ad affrontare tale questione attraverso una più ampia riflessione circa l'impatto strutturale della datificazione – *core business* delle piattaforme digitali – sulla garanzia dei diritti sanciti dalla Carta europea dei diritti fondamentali e in particolare sul principio dell'identità personale; con la seconda parte del lavoro, concentreremo l'analisi sull'ulteriore e menzionato aspetto, destinato ad incidere sul disegno europeo di data-governance globale, ossia la valenza strategica dei *big data* nel settore militare, mettendo in luce come raccolta pervasiva di dati, stia trasformando le vulnerabilità individuali e commerciali anche in potenziali debolezze inerenti alla sicurezza nazionale.

Nell'attuale geopolitica del capitalismo informazionale[24], come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, i dati raccolti su un determinato territorio, o meglio dalle popolazioni che lo abitano, sono in grado di incidere su sicurezza e resilienza delle società democratiche, non soltanto indirettamente, attraverso l'interferenza sul corretto funzionamento degli istituti democratici (si pensi ai processi di formazione dell'opinione pubblica e della volontà elettorale), ma anche direttamente, rappresentando a tutti gli effetti una minaccia in termini di sicurezza e autonomia geopolitica degli Stati nazionali in quanto *asset* strategico per lo sviluppo dell'IA anche in campo bellico. Una circostanza che, chiamando in causa le prerogative statali legate alle ragioni di sicurezza, non può che riflettersi sul perimetro e sull'efficacia della regolazione sovranazionale a livello tanto regionale, quanto globale. È con tale intrinseca valenza duale dei dati, che la sovranità digitale europea e l'«autonomia strategica»[25] che essa presuppone, ossia la generale capacità di salvaguardare gli interessi e i valori di cui si fa portatrice, è chiamata a confrontarsi.

2. Datificazione e diritti fondamentali: l'ontologia dei big data. Premessa fondamentale, di un progetto politico sovranazionale che si vuole antisovranista[26], mirante ad un approccio polifonico ed aperto, dovrebbe essere quella di garantire le condizioni per pensare uno spazio che possa essere definito come una «sfera pubblica digitale europea» o, meglio, come una sfera pubblica transnazionale[27]. In assetti costituzionali, come quelli che caratterizzano il panorama europeo, imperniati sulla centralità dell'individuo, e sul compito dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità del singolo, la pervasiva capacità dei sistemi di IA di «datificare» le esistenze individuali, erodendo le possibilità decisionali dell'individuo attraverso un costante e spesso oscuro processo di ridimensionamento dell'opportunità di conoscenza e delle alternative di scelta, costituisce oggi un pericoloso *vulnus* nel percorso evolutivo tali società, minando dalle fondamenta i

[23] In merito si veda A. Aresu, *Lo Stato nella competizione tecnologica,* in *Rivista trimestrale di cultura e di politica,* 2, 84-92, 2023.

[24] Sulla definizione del concetto si veda *supra*, nota 21.

[25] Cfr. *Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, 28 giugno 2016, http://europa.eu/globalstrategy/en.

L'autonomia strategica è concepita come strumento per affrontare minacce complesse: da qui la declinazione del concetto sotto il profilo della cd. sovranità tecnologica, digitale, energetica, industriale, alimentare, economica dell'UE, perseguita dalla Commissione europea con vari strumenti e a vari livelli, al fine di coinvolgere nel processo di trasformazione strategica gran parte delle politiche dell'Unione. Sul tema si veda M.E. Bartoloni, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE: verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"*?, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, (2), 45-64, 2022; S. Poli, E. Fahey, *The strengthening of the European technological sovereignty and its legal bases in the Treaties*, in *Rivista.eurojus.it,* 2022.

[26] Cfr. M. Santaniello, *Sovranità digitale e diritti fondamentali, passim,* 50.

[27] P. Schlesinger, *After the post-public sphere,* in *Media, Culture & Society,* 42, (7–8), 1545 15-63, 2020.

presupposti non solo del dibattito democratico, ma finendo per interferire indebitamente nell'esercizio di diritti che attengono agli attributi ontologici della persona. Se democrazia e tutela dei diritti fondamentali, *in primis* il «diritto all'identità personale» che il libero agire presuppone[28], sono indissolubilmente legati, l'impatto e la pervasività della raccolta dati e dell'analisi algoritmica - presentano sfide inedite al diritto costituzionale. Comprendere che genere di risorsa siano «i dati» su cui gli algoritmi operano, è, dunque, premessa indispensabile non soltanto per individuare la rilevanza dei diritti in gioco, ma anche per inquadrare il contesto geopolitico entro cui si gioca la sfida europea per la costruzione di una *data governance* coerente con il proprio assetto valoriale.

Il primo punto che necessita, allora, di disambiguazione riguarda il genere di risorsa che si è soliti intendere alla base del *big data capitalism*[29], in modo da inquadrare gli interessi ed i diritti coinvolti e, dunque, il frame teorico-normativo di riferimento.

La narrativa prevalente porta a concepire i dati, in particolare i *raw data* (dati grezzi), come «materia prima» della *data economy* intendendoli, dunque, al pari di ogni altra risorsa naturale, come preesistenti a qualsiasi attività umana e pertanto liberamente disponibile all'appropriazione. Emblematica al riguardo è la dichiarazione di Schmidt del 2017, ex CEO di Google ed allora presidente del *Defence Innovation Board* (DIB)[30]resa durante la quinta sessione pubblica dell'Organo, secondo cui «I dati [sarebbero] l'equivalente del 21° secolo di una risorsa naturale globale, come il legname, il ferro o il petrolio[…]»[31].

Una narrazione questa che, tuttavia, oltre ad essere epistemologicamente fuorviante, rischia di oscurare i presupposti ideologici alla base della quantificazione del sociale. Contrariamente al suo etimo, il dato come *datum*, liberamente disponibile in natura, non esiste, trattandosi invece del risultato di un processo, storicamente e socialmente situato, di co-costruzione, ri-definizione e successiva appropriazione[32]. Parlare di «materia prima» prodotta astraendo e riducendo il mondo in forme rappresentative e definirla *raw data* significa sostenere un - ossimoro[33].

---

[28] Per un'ampia trattazione del concetto di «privacy informazionale» basata sull'isomorfia tra flussi di dati e flussi esistenziali si veda L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo,* Milano, 2017. Sulla necessità di riformulare il diritto alla privacy come il diritto all'identità personale, ovvero alla libertà di costruzione (o co-costruzione) e sviluppo autoriale del proprio progetto identitario, si veda: E.M. Renieris, *Beyond data: reclaiming human rights at the dawn of the metaverse*, Cambridge, 2023; S.O. Søe., J.E. Mai, *Data identity: privacy and the construction of self. Synthese*, 200(6), 492, 2022; C. Koopman, *How we became our data: A genealogy of the informational person*. Chicago, 2019; da ultimo S. Tiribelli, *Identità personale e algoritmi, Una questione di filosofia morale*, Roma. 2023.

[29] Si veda *supra* nota 21.

[30] Il *Defense Innovation Board,* istituito nel 2016, è un organo consultivo indipendente creato per portare l'innovazione tecnologica e le migliori prassi della Silicon Valley all'esercito degli Stati Uniti e al Dipartimento della Difesa (DoD). Il Consiglio, regolamentato dal F*ederal Advisory Committee Act* (FACA), offre raccomandazioni indipendenti al Segretario della Difesa e comprende esperti da settori commerciali, ricerca e accademia. Il Consiglio è stato fondato per portare le migliori pratiche innovative in termini di tecnologia, forza lavoro e struttura organizzativa al Dipartimento della Difesa. Dal 2016 è impegnato nella ricerca di idee innovative provenienti dai soggetti coinvolti nelle operazioni militari per migliorare i processi utilizzati nei teatri operativi a livello globale. Joshua Marcuse e il Dr. Eric Schmidt sono stati rispettivamente il primo Direttore Esecutivo e il primo Presidente del Consiglio. L'organizzazione svolge un ruolo fondamentale per il Dipartimento della Difesa, nella consulenza per l'innovazione strategica in aree chiave quali appunto l'Intelligenza Artificiale.

[31] Cfr. Verbale della *Defense Innovation Board* - 24 ottobre 2017 e *Recommendation* 12: *Forge New Approach to Data Collection, Sharing, and Analysis* https://innovation.defense.gov/Portals.

[32] Cfr. R. Kitchin, *Thinking critically about and researching algorithms.* in *Information, Communication* & Society, 20,1-16, 2019; L. Gitelman, *Raw Data is an Oxymoron,* Cambridge, 2013.

[33] L. Gitelman, *Raw Data is an Oxymoron,* 2013, *passim;* R. Kitchin, *Thinking critically about and researching algorithms,* 2019, *passim.*

L' espansione degli orizzonti merceologici del capitalismo informazionale avviene, infatti, tramite la mercificazione di una risorsa sicuramente nuova, in quanto fino adesso estranea alle logiche estrattive, ma di cui i dati rappresentano soltanto il prodotto; a costituire la materia prima alla base della *data economy* sono infatti le relazioni umane in quanto tali che, codificate sottoforma di *data relations*[34], sono strutturate per la mercificazione sul mercato primario e secondario dei dati. Oggetto di «propiziazione»[35] è, dunque, l'esistenza umana in quanto tale che, trasposta in ogni singolo aspetto individuale e relazionale nella dimensione dell'*onlife*[36], si fa materia prima di quel processo – interpretativo e costitutivo – che è l'estrazione algoritmica della conoscenza[37].

Se il *data mining*, strumentale all'economia dell'attenzione, agisce sul principio di autodeterminazione individuale, estraendo valore non soltanto dalla previsione, ma anche dalla direzione del pensiero e dell'azione, rendendo possibile la conoscenza profonda e capillare dell'individuo, delle sue attitudini, orientamenti, valori e comportamenti [38], è chiaro che quando si tratta di raccolta dati e della sua governance a venire in discussione è la protezione del nucleo essenziale dei diritti individuali su cui le tradizioni costituzionali europee fondano la propria identità. In conseguenza, come si argomenterà nel corso della trattazione, parlando di «*privacy* informazionale»[39] non è alla tutela della riservatezza in senso analogico del termine a cui deve farsi riferimento, ma a quello spazio identitario minimo – di cui è la «libertà epistemica»[40] è presupposto ontologico – a garanzia di uno sviluppo che possa dirsi moralmente libero della personalità individuale [41]. In altre parole, in gioco è la tutela dell'auto-sovranità cognitiva che l'agire libero presuppone e da cui, a sua volta, dipende la resilienza di una sfera pubblica e di un corpo elettorale autonomi, condizioni indefettibili della legittimità della «sovranità dei poteri»[42]. L'idea stessa di «sovranità dei poteri», soggettivamente intesa, ha senso, infatti, se ed in quanto la si intenda in funzione servente

[34] Cfr. N. Couldry, U.A. Meijas, *The costs of connection: How data is colonising human life and appropriating it for capitalism*.,2019, *passim.*

[35] Il termine propiziazione, letteralmente riferito a pratiche rituali è efficacemente utilizzato da, Couldry e Mejias quale metafora per descrivere come le dinamiche di stampo colonialistico di estrazione dei dati, creino le condizioni strutturali favorevoli, o meglio propizie, a determinate configurazioni di potere e controllo sociale. Cfr. N. Couldry, U.A. Meijas, *The costs of connection: How data is colonising human life and appropriating it for capitalism*., 2019, *passim.*

[36] Cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* 2017, *passim.*

[37] Sulle tecniche di *data-mining* si veda *supra,* nota 22; Sul tema si veda ancora L. Gitelman, *Raw Data is an Oxymoron,* 2013, *passim.;* D. Beer, *The Social Power of Algorithms,* in *Information,* in *Communication & Society*, 20, 1, 1-13, 2017.

[38] La c.d. economia dell'attenzione trae il suo vantaggio economico attraverso l'accentramento dell'unica risorsa che può dirsi «scarsa» nel panorama dell'*overload* informativo ossia l'attenzione degli utenti, dal cui «impossessamento» deriva il vantaggio competitivo per aziende e intermediari.

[39] Sulla concettualizzazione e le declinazioni della privacy c.d. informazionale si veda *supra* nota 28.

[40] Ossia la libera determinazione dei propri orizzonti cognitivi: per una più ampia trattazione riguardo la natura multidimensionale dell'identità, sia consentito rimandare a I. de Vivo, *Il sé allo specchio dell'algoritmo, libertà epistemica e identità individuale,* 55-74 in A. Sterpa, (a cura di) *L'ordine giuridico dell'algoritmo,* Napoli 2023.

[41] È implicito in quest'impostazione il riconoscimento del legame costitutivo tra identità personale e libertà cognitiva, e quindi l'idea che per cui almeno in parte, le nostre identità e le nostre vite sono plasmate dalle scelte che compiamo. Sull'impatto delle tecnologie algoritmiche sulla dimensione etica nella costruzione dell'identità personale e quindi sulla libertà morale che essa sottende, si veda S. Tiribelli, *Identità personale e algoritmi, una questione di filosofia morale*, Roma 2023, *passim,* 15.

[42] La partecipazione politica, sia in forma attiva che in forma passiva, presuppone il possesso di un bagaglio informativo da parte del cittadino-elettore affinché possa criticamente formare la propria opinione orientando la propria scelta, così come postula che il cittadino-candidato non incontri ostacoli nell'esercizio della libertà di parola.

della «sovranità dei valori»[43] che appunta la sua ragion d'essere nel riconoscimento dei diritti fondamentali, quale «cuore pulsante e giustificazione della sua esistenza»[44].
A livello fenomenico, l'«incorporazione» biunivoca tra determinazione umana e algoritmica attraverso la datificazione, può avvenire non soltanto attraverso la «delega diretta» ed esplicita della decisione/valutazione al sistema automatizzato, ma anche attraverso una «delega indiretta», forse meno visibile, ma non per questo meno rilevante, che attiene il momento che della determinazione volontaristica è il presupposto[45]. Gli algoritmi e i dati, anche quando non direttamente chiamati in causa, come nel caso della moderazione automatizzata dell'informazione operata dalle piattaforme digitali su scala globale, forniscono il terreno culturale e cognitivo e finanche la prospettiva morale, in base a cui gli agenti umani formano opinioni e prendono decisioni, in altre parole, esercitano quei diritti che definiscono la libertà di espressione nella sua accezione più ampia del termine. Libertà negativa per eccellenza, la libertà di espressione, come noto, trova al tempo stesso nel suo risvolto positivo -il diritto al pluralismo informativo, alla trasparenza nelle opzioni di scelta e alla qualità delle fonti informative- il suo presupposto indefettibile. Spingendoci ancora oltre nell'analisi, quella che definiamo «libertà epistemica» è, infatti, la condizione imprescindibile perché possa ipotizzarsi un diritto alla «libertà morale», ossia quel «diritto a determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali […] e che consente alla persona di avere specifica percezione del sé quale soggetto responsabile e non mero oggetto passivo della propria esperienza esistenziale»[46].
Shock pubblici, come le conseguenze dello scandalo *Cambridge Analytica* del 2018[47], hanno,

[43] Il riferimento è ad una nota indicazione teorica di G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.
[44] Così A. Ruggeri, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, in *Saggi* 1-2021, 123. https://*www.nuoveautonomie.it*
[45] In questi termini, riferendosi ad un doppio regime di «mutazione del mezzo tecnico» in relazione alla natura diretta o meno della sua incorporazione nel processo decisionale umano, si veda A. Simoncini, S. Suweis*, Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale,* in *Rivista di filosofia del diritto, Journal of Legal Philosophy*, 87-106, 1, 2019, 94.
[46] Con queste parole si è espressa la Cassazione in merito ad una fattispecie seppur diversa, collegata e di estrema rilevanza per il profilo oggetto di trattazione, ossia il colpevole ritardo diagnostico. L'omissione o il ritardo informativo in questo caso, secondo il giudice di legittimità, integrerebbe un'autonoma lesione apprezzabile sul piano sostanziale, indipendentemente all'esito della patologia (nel caso al vaglio della Corte certamente infausto) e dal danno derivante dall'eventuale perdita di *chances*, consistente «nella violazione del diritto del paziente a determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali […] situazione soggettiva di libertà- immediatamente riconducibile al valore supremo della dignità». Cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 23 marzo 2018, n. 7260.
[47] Il caso *Cambridge Analytica*, scoppiato nel 2018, è stato uno dei più grandi scandali relativo a privacy e manipolazione dei dati nella storia recente. La società britannica di consulenza politica e analisi dei dati, è stata infatti accusata di aver prelevato enormi quantità di dati (87 milioni di profili Facebook) di utenti del tutto ignari, influenzando, attraverso tecniche di profilazione psicografica e di *hypernudging* (su cui si veda nota *infra),* la campagna elettorale presidenziale statunitense del 2016, nonché l'esito del referendum *Brexit.* La società avrebbe, infatti, lavorato al fianco della campagna elettorale di Donald Trump nel 2016 e dei sostenitori della Brexit, fornendo loro gli strumenti per il *micro-targeting* elettorale. In conseguenza della risonanza pubblica dello scandalo e della sanzioni inflitte a Facebook (di 5 miliardi di dollari è la multa della *Federal Trade Commission* (*FTC*) degli Stati Uniti e di 500,000 sterline quella comminata dall' *Information Commissioner's Office* (*ICO*) del Regno Unito, che ha previsto l'importo massimo possibile secondo la legge britannica vigente all'epoca), la piattaforma ha intrapreso una serie di significative (seppur discutibili) riforme interne volte a migliorare la sicurezza dei dati e la trasparenza. Tra queste vi è l'istituzione di un Consiglio di Supervisione indipendente *(FB Oversight Board)* con funzioni para-giudiziali a garanzia della trasparenza delle politiche di moderazione adottate dalla piattaforma stessa. Sulle preoccupazioni relative alla privacy e alla tutela dei diritti fondamentali a seguito dello scandalo da parte delle istituzioni europee ed il conseguente cambio di marcia della strategia in materia

del resto, reso noti i pericoli insiti nella capacità di elaborazione dei dati per la tutela dei diritti fondamentali palesando l'esposizione individuale alla sorveglianza a scopi predittivi (*data-veillance*[48]) e alla manipolazione informazionale intenzionale[49] (profilazione psicografica e di *hypernudging*[50]) e le sue dirette conseguenze sul corretto funzionamento dei processi elettorali. Il drammatico impatto dei descritti fenomeni distorsivi, e il conseguente *techlash* globale[51], non poteva non dare nuovo impulso al dibattito circa la natura degli interventi normativi necessari ed idonei a controbilanciare l'opacità delle forme ibride di controllo sui flussi informativi, basate sul *data mining* algoritmico. È in questa direzione che si muove il citato *Digital Services Package* ed in particolare *il Digital Services Act* (*DSA*)[52], il regolamento europeo che, per la prima volta, interviene nell'oligopolio informativo digitale, dettando una disciplina coercitiva *ex ante,* generale e orizzontale, in tema di *content moderation* e *content curation*, direttamente esecutiva per piattaforme e Stati Membri. Con l'emendamento del c.d. principio del *safe harbor*[53] (cfr. dir. UE 2000/31) – corollario del regime transnazionale di *industry self-regulation* che a partire dagli anni Novanta ha caratterizzato, per lo più senza soluzioni di continuità, la governance della rete negli Stati liberali – e dunque con il riconoscimento della responsabilità giuridica delle piattaforme digitali in relazione ai contenuti illeciti e/o dannosi diffusi per loro tramite, l'obiettivo dichiaratamente perseguito per i casi di mancata rimozione dei contenuti segnalati come illeciti e/o dannosi è quello di garantire uno spazio digitale transnazionale in cui i diritti fondamentali siano protetti. Nonostante il lodevole intento, e prescindendo in questa sede dai problemi relativi alla formalizzazione *ex lege* della delega sostanziale[54] alle piattaforme di prerogative storicamente di appannaggio pubblico, quali la

governance dei dati si veda: T. Madiega, *Digital sovereignty for Europe,* EPRS, 2020, https://www.europarl.europa.eu/

48 Cfr. D. Lyon, *Surveillance culture, ethics and digital citizenship.* in *International Journal of Communication,* 11, 824 - 842, 2017.

49 Si veda almeno D. Beer, *The Social Power of Algorithms,* in *Information*, 2017, *passim;* L. Gitelman, *Raw Data is an Oxymoron,* 2013 *passim.*

50 Si tratta di quelle strategie che impostano il contesto della scelta delle informazioni da parte dell'utente in modo intenzionalmente progettato per manipolare le sue decisioni, cfr. K. Yeung, *"Hypernudge": big data as a mode of regulation by design,* in *Inf. Commun. Soc.* 20 (1), 118-136, 2018. L'ambiente algoritmico, di fatto, si modella costantemente attorno al soggetto e alle tracce della sua biografia digitale; è mimetico e presenta certamente diverse analogie con il *nudging* che, come pratica di regolazione comportamentale, non riguarda la creazione e l'interiorizzazione di valori e norme, ma si fonda sulla costruzione di particolari architetture di scelta e di comportamento che circoscrivono le possibilità di azione degli attori sociali.

51 B. Zimmer, *Techlash: Whipping Up Criticism of the Top Tech Companies',* in *Re Wall Street Journal*, 2019.

52 Reg. UE 2022/2065. L'attuale approccio europeo è per lo più incentrato su interventi di *hard* e *soft moderation* preventivi e successivi sull' output algoritmico.

53 Il c.d. principio del *safe harbor*, prevede una sostanziale immunità determinata dal principio di esenzione della responsabilità per le conseguenze sociali e giuridiche delle pubblicazioni di terzi che avvengono per tramite di intermediari considerati neutrali (*providers exemption from liability*). Introdotto nella legislazione statunitense, con sezione 230(c)(I) del *Telecommunications Act* del 1996, ha trovato il suo *pendant* europeo nella *E-Commerce Directive* (dir. UE 2000/31) rimanendo sostanzialmente immutato fino all'entrata in vigore (*DSA* – Reg. 2022/2065). Concepito anni prima, dunque, dell'ascesa delle piattaforme digitali, perseguiva lo scopo di garantire un internet democratico e aperto, capace di autoregolamentarsi secondo il celebre principio del *free market of ideas* elaborato dal giudice O.W. Holmes nella *dissenting opinion* del caso *Abrams v. United States* del 1919. La sezione 230(c)(I) è stata da sempre interpretata, infatti, come uno dei «più importanti garanti della libertà di espressione su Internet»; cfr. J.M. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review, Yale Law School, Public Law Research*, 491, 2014, 433.
Sulle origini della disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi in Europa e negli Stati Uniti, si veda l'approfondita disamina di R. Petruso*, Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto,* Torino, XVIII, 2019.

54 Sulla distinzione nell'ambito della censura *de iure* tra «delega censoria funzionale» cioè imposta alle piattaforme a seguito di un provvedimento giudiziale/amministrativo, e «delega censoria sostanziale» che implica la

complessa operazione di bilanciamento dei diritti coinvolti nella «neo-intermediazione algoritmica»[55] del discorso pubblico su scala globale, ciò che non può sfuggire è come una regolamentazione orientata alla trasparenza procedurale, al *data due process*, come quella prevista nel *DSA*, per quanto cruciale, non sia, da sola, una sufficiente a risolvere gli squilibri informativi alla base del modello di business di piattaforma[56]. Affinché possa aversi una svolta nella costituzionalizzazione della rete che possa dirsi di natura «sostanziale» che non si attesti al solo livello «procedurale»[57], gli obblighi di trasparenza e *disclosure* devono essere affiancati e preceduti da una riflessione strutturale ed assiologica che permetta di definire il perimetro di liceità dell'estrazione dei dati alla base del funzionamento dei sistemi algoritmici di profilazione e quindi di moderazione dei contenuti operati dalle piattaforme.

Un' adeguata risposta alle sfide etiche e tecnologiche ai valori costituzionali sollevate dal funzionamento del *data mining* algoritmico tramite cui il *curatorial power*[58] delle piattaforme, tanto nelle sue forme esplicite *(hard moderation)* quanto nelle sue forme implicite o

valutazione sostanziale della liceità dei contenuti si veda M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale,* in *Rivista italiana di informatica e diritto*,1, 2019, 36 e ss.

[55] Per la definizione del concetto di «neo-intermediazione» si veda G. Giacomini, *Towards neo-intermediation. The power of large digital platforms and the public sphere*; 2018, in *Iride: Filosofia e discussione pubblica*, (3), 457-468, 2018. Sia consentito rimandare anche a I. de Vivo, *The "neo-intermediation" of large on-line platforms: Perspectives of analysis of the "state of health" of the digital information ecosystem.* in *Communications* 48, (3), 420-439, 2023 e in particolare, in merito alle accennate criticità relative alle possibili derive censorie di natura privata anche a seguito della disciplina introdotta dal *DSA*, Id. *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *Federalismi*, 2, 45-75, 2024.

[56] Per tali rilievi critici si veda A. J.R. Golia, *Beyond Oversight. Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 2021; in particolare sugli aspetti lasciati in ombra dalla regolamentazione e cioè, la capacità dei dati di imporre ordini sociali attraverso la comunicazione e la narrazione relativa alle loro pratiche cfr. D. Nguyen, B. Beijnon, *The data subject and the myth of the 'black box' data communication and critical data literacy as a resistant practice to platform exploitation* 2023, *passim.*

[57] Il c.d. costituzionalismo procedurale, sarebbe la risposta necessaria e consequenziale alla natura globale di internet: non potendosi non prendere atto dell' asimmetria e della differenziazione dei modelli di protezione dei diritti fondamentali tra le due sponde dell'Atlantico, il linguaggio della tutela andrebbe cercato non nei valori costituzionali di natura sostanziale (che non possono non divergere), bensì nei meccanismi procedurali: «Sarebbe, dunque, la procedura, (gli obblighi di trasparenza algoritmica, il *data due process*) la parola chiave della nuova stagione del costituzionalismo digitale», così O. Pollicino il quale aggiunge che «se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale non può che fondarsi sulla dimensione meramente procedurale», cfr. O. Pollicino, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, *in Giustiziainsieme.it,* 2021; Id. *La prospettiva costituzionale nell'era di internet*, in *Medialaws.eu*, 2019; id. *Judicial protection of fundamental rights on the internet: a road towards digital constitutionalism?,* Hart Publishing, 2021. Sempre sul «proceduralismo digitale» e sulla *global administrative law*, che vorrebbero trovare lo strumento utile a governare la globalizzazione nei meccanismi di review, negli obblighi di adeguata motivazione, nella trasparenza e nella responsabilità per le violazioni (cardini dell'impianto del DSA) si rinvia a M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale*, *passim,* 180. A proposito di *procedural turn* si veda anche C. Bush, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a 'Procedural Turn' in EU Platform Regulation?*" in *Antitrust: Law & Policy eJournal,* 2020.
Cosi argomentando, l'unico argine, al momento ipotizzabile, alla sovranità funzionale esercitata dalle piattaforme infrastrutturali, farebbe perno su un controllo pubblico limitato alla correttezza e alla trasparenza del procedimento e quindi sul rafforzamento della responsabilizzazione dei big players digitali nel rispetto di tali obblighi.
Tuttavia, nonostante le inevitabili frizioni nello strumentario concettuale adottato dalle Corti tra le due sponde dell'Atlantico, riteniamo che la delega sostanziale alle piattaforme del bilanciamento dei diritti fondamentali e quindi della determinazione del loro contenuto concreto, a cui al momento si assiste, possa essere limitata, almeno nel contesto europeo, facendo appello all'efficacia orizzontale dei diritto fondamentali, che imporrebbe il loro rispetto anche da parte delle piattaforme nella loro autonomia contrattuale. In merito si veda almeno J. P. Quintais, N. Appelman, R. Fahy, *Using Terms and Conditions to Apply Fundamental Rights to Content Moderation*, in *German Law Journal,* 2022.

[58] R. Prey, *Locating Power in Platformization: Music Streaming Playlists and Curatorial Power*, in *Social Media + Society*, 6(2), 2020, 1.

«architetturali» (*soft moderation),* concretamente prende forma e si sviluppa[59], non può allora che passare dall' ampliamento del concetto di privacy fino a comprendere la tutela dell'identità personale *tout--court* contro indebite restrizioni ed interferenze epistemiche dovute alla governance algocratica delle esistenze. Se l'interferenza algoritmica si attesta al momento la determinazione dei «possibili epistemici», che della decisione costituiscono l'antecedente logico, la minaccia del trattamento automatizzato dei dati, personali e non, sulla libertà, o meglio, su quella che definiamo «identità epistemica individuale»[60] non è, allora, al momento facilmente identificabile come minaccia al diritto alla riservatezza come tradizionalmente concepito, né rientra nel concetto di profilazione vietata ai sensi del GDPR[61].

Partire da queste considerazioni significa, infatti, ripensare l'ontologia dei dati e la supposta distinzione tra ciò che è personale e ciò che non lo è -dicotomia questa- su cui si impernia l'attuale architettura del GDPR.

È necessaria, infatti, una nuova e diversa riflessione circa lo statuto da accordarsi non soltanto ai dati attualmente etichettati come personali, ma anche a tutti quei dati «esterni» ovvero metadati, dati di tracciamento, «scorie digitali» (ossia il sottoprodotto dell'interazione uomo-macchina)[62], la cui elaborazione, pur se priva, *prima facie*, di ricadute verificabili e immediate sulla sfera giuridica del singolo individuo (e per tanto esclusa dalla tutela apprestata dal GDPR) è destinata sul lungo termine a plasmare orizzonti decisionali, cognitivi e percettivi di individui e gruppi sociali, andando ad impattare a livello sistemico sul nucleo essenziale dei diritti a fondamento delle società democratiche.

Un tale mutamento di prospettiva nell'analisi, può orientare il legislatore e l' interprete ad individuare il trattamento giuridico da accordare ai dati, non più, o non soltanto, cercando di tracciare un pericolante confine tra ciò che è personale e ciò che non lo è, ma tentando di cogliere, in prospettiva dinamica, la «significatività» dell'impatto del loro trattamento algoritmico, sulla sfera dell'inviolabilità della persona: su quel nucleo duro di diritti che stando ai principi rinvenibili nelle tradizioni costituzionali europee, si ritiene vada a costituire la sfera intangibile dell'identità personale.

***3. il perimetro di tutela del «diritto all' identità personale» secondo il* GDPR.** Come visto, pur non confluendo in decisioni, i «suggerimenti algoritmici», ovvero, le decisioni di moderazione interne basate sul trattamento di dati personali e non personali, sono suscettibili di produrre effetti potenzialmente lesivi e discriminatori su interi gruppi sociali nel breve e nel lungo termine, incidendo in modi indiretti, ma non per questo meno significativi, sulla libertà di autodeterminazione. È il caso, ad esempio, dei citati fenomeni di *microtargeting,* ossia quella «somma di micro-violazioni individuali» che pur non confluendo in decisioni

[59] Sulla distinzione tra *hard moderation* o «moderazione in senso stretto» e *soft moderation,* si veda R. Gorwa, R. Binns, C. Katzenbach, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, in *Big Data & Society,* 7, 2020, 3; sulla distinzione tra *content moderation* e *content curation,* cfr. P. Leerssen, *Seeing what others are seeing: Studies in the regulation of transparency for social media recommender systems,* Amsterdam, 2023, https://hdl.handle.net/11245.1/18c6e9a0-1530-4e70-b9a6-35fb37873d13.

[60] Per una più ampia riflessione in merito alle questioni sollevate dalla necessità di tutela della identità epistemica e dunque della libertà morale dell'individuo dalla sovradeterminazione algoritmica si rimanda ancora I. de Vivo, *Il sé allo specchio dell'algoritmo*, 2023, *passim.*

[61] Reg. UE 2016/67911

[62] È possibile, schematizzando, distinguere tre macro-categorie di dati: 1) *Volunteer data*: dati forniti volontariamente dagli utenti: 2) *Observed data*: dati acquisiti registrando le attività degli utenti; 3) *Inferred data*: dati dedotti dall'elaborazione delle precedenti categorie di dati (personali e non). si veda A. Pentland, D. L. Shrier, T. Hardjono, I. W.-Berger (a cura di*), Trusted Data: A New Framework for Identity and Data Sharing,* Cambridge, 2019. https://doi.org/10.7551/mitpress/12439.001.000.

suscettibili di incidere direttamente sulla sfera giuridica dell'interessato, sembrano, tuttavia, confliggere con quel «principio di non discriminazione per via algoritmica»[63] pur enunciato nel considerando 71 del GDPR[64].

Microtargeting, nudging algoritmico, così come le tecniche di profilazione psicografica citati, sono trattamenti automatizzati (di dati personali e non) che esulano dall'orizzonte applicativo della fattispecie di profilazione vietata dall'art 22 del GDPR per due ordini di motivi: la disposizione in parola, vieta il trattamento completamente automatizzato di dati esclusivamente nel caso in cui questo confluisca in una «decisione» produttiva di «effetti giuridici» sulla sfera giuridica singolo «interessato»; allo stesso tempo circoscrive ulteriormente la portata del divieto limitandone l'operatività al trattamento dei soli dati personali (come d'altronde la stessa disciplina dell'art. 15, che ne disciplina il diritto di accesso). Per questa via, va ad escludere dal suo raggio applicativo il trattamento di tutti i dati ricavati dalle operazioni di tracciamento e sorveglianza comportamentale[65]. In base a quanto finora argomentato, il nodo da sciogliere è il seguente: in che misura è ancora percorribile la strada della distinzione fra dati «interni» e «esterni», tra dati personali e meta-dati? Pur senza pretendere di elaborare uno statuto giuridico *ad hoc* per i dati c.d. esterni, non può prescindersi da un ripensamento della loro rilevanza giuridica oltre che economica, che non soltanto tenga conto del rischio sistemico legato al loro trattamento, ma che dall'altro lato, nel valutarne la rilevanza individuale, sia in grado di adottare come prospettiva controfattuale l'impatto su un emergente e più ampio concetto di «identità personale». In altre parole, è a partire dalla rilevanza e dalla significatività del loro impatto sull'integrità dell'identità individuale, compresa in tutte le sue dimensioni (dimensione epistemica, socio-relazionale, morale) che è possibile disegnare il perimetro di tollerabilità e quindi di liceità della loro raccolta e sfruttamento, tanto da parte di attori privati, quanto da parte di attori pubblici. Peraltro, in virtù dell'efficacia orizzontale riconosciuta ai principi fondamentali della Carta europea, tanto dalla giurisprudenza della CGUE, quanto dalla corposa giurisprudenza della Corte EDU in materia[66], l'autonomia privata delle piattaforme nel definire il proprio «statuto ordinamentale

---

[63] Per l'elaborazione del principio si veda S. Simoncini, A. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale,* 2019, *passim,* 102.

[64] Sulla strutturale debolezza del GDPR, nel garantire la tutela sia a livello micro che a livello macro, si veda S. Scagliarini, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in: *Consulta Online* 2, 335-371, 2021.

[65] Sulle varie tipologie di dati da cui è tratto il *surplus* e la sorveglianza comportamentale si veda *supra,* nota 62.

[66] La Convenzione Europea e la giurisprudenza della Corte EDU fa sistema con l'interpretazione della CDFUE che ad essa espressamente si collega per via dell'art 52 ph. (3) secondo cui: Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Per approfondimenti in merito, si veda A. Ruggeri, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*,3/2020. La giurisprudenza di entrambe le Corti, nel confermare la possibilità di esercitare orizzontalmente, nei confronti dei poteri digitali privati, i diritti protetti Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si è concentrata in particolare sull'estensione del diritto alla libertà di espressione nella moderazione dei contenuti online e il relativo bilanciamento dei diritti potenzialmente confliggenti delle altre «parti coinvolte» diverse dall'utente, che trovano tutela nella Carta (quali la tutela della vita privata ex art.7, il diritto alla protezione dei dati personali ex art.8, il diritto alla non discriminazione ex art.21): *ex multis*, si veda: *Bédat c. Svizzera*, App. No. 56925/08, para. 52 (29 marzo 2016), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898; in relazione al *revenge porn: Volodina v. Russia* (n.2), App. No. 40419/19, par. 50-68 (14 settembre 2021), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001- 211794; sentt. C-345/17, *Sergejs Buivids c. Datu valsts inspekcija*, -ECLI-:-EU-:C:2019:122, para. 65 (14 febbraio 2019). Per quanto riguarda l'applicabilità della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di espressione, *ex multis* causa C-401/19, *Polonia/Parlamento e Consiglio* (15 luglio 2021) e, in particolare, le Conclusioni dell'Avvocato generale Øe, causa C-401/19, *Polonia/Parlamento e Consiglio* (15 luglio 2021); *Palomo Sánchez et al. c. Spagna*, App. No. 28955/06, para. 59 (12 settembre 2011),

interno» - può - e deve essere legittimamente considerata suscettibile di limitazione da parte del potere pubblico, laddove vada ad comprimere la tutela del nucleo essenziale dei diritti inviolabili, andando a toccare, come può accadere, il meta-principio della dignità che permea l'intero assetto costituzionale europeo.

Parallelamente a ciò, rendere consapevoli gli utenti, attraverso interventi volti alla costruzione di un'alfabetizzazione mediatica critica (*critical data literacy*)[67], del rapporto originario e costitutivo tra dati (generati consapevolmente o meno) e identità – e quindi tra tutela della *privacy* intesa in senso ampio quale «libertà intellettuale»[68] e diritto al pieno sviluppo della propria personalità, è precondizione di efficacia di qualsiasi tattica di governance che si prefigga di scongiurare il rischio che l'egemonia culturale veicolata dall'IA sconfini in un vero e proprio «colonialismo cognitivo». Si tratta del primo passo per pensare ad una ri-politicizzazione del modello aziendale di «capitalismo della sorveglianza»[69] o meglio di quel «realismo della sorveglianza»[70]che legittima, normalizzandoli, i presupposti epistemologici che rendono possibile la manipolazione sistemica degli individui e le relative conseguenze sulla tenuta delle istituzioni democratiche.

A ben vedere la depoliticizzazione di problemi strutturali è in generale insito alle forme della c.d. *Limited government regulation* (*LGR*[71]) a cui è ascrivibile il nuovo quadro regolatorio europeo.

Rimedi strutturali, richiederebbero di sondare, altresì, le soluzioni percorribili a livello transnazionale per ripensare le politiche alla base dell'estrazione massiva di dati che fino ad oggi, nel contesto anomico della rete, non ha trovato limitazioni di sorta. I dati, come detto, per lungo tempo sono stai concepiti come *res nullius* liberamente disponibili all'appropriazione tanto da parte delle piattaforme, quanto, per loro tramite – come le dichiarazioni Snowden[72] hanno drammaticamente rivelato- da parte dei governi per ragioni

---

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001- 106178. Recentemente C-140/20, G.D. v. *Commissioner of An Garda Síochána et al.*, ECLI:EU:C:2022:258, para. 49 (5 aprile 2022), https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-140/20; *Remuszko v. Poland,* App. No. 1562/10 (16 luglio 2013), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122373.

[67] T.P. Nichols, A. Smith, S. Bulfin, A. Stornaiuolo, *Critical literacy, digital platforms, and datafication,* in J.Z. Pandya, R.A. Mora, J. Alford, J., N.A. Golden, R.S. de Roock, (Eds.), *The Handbook of Critical Literacies. Routledge,* 2021.

[68] Cfr. S. Eskens, *The personal information sphere: An integral approach to privacy and related information and communication rights,* in *Assoc Inf Sci Technol.* 71, 1116-1128, 2020. Sulla teorizzazione della *privacy intellettuale* si veda N.M. Richards*, Intellectual privacy: Rethinking civil liberties in the digital age*, Oxford, 2015.

[69] Su cui S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism:* 2019, *passim.*

[70] Si veda L. Dencik, *Surveillance realism and the politics of imagination: Is there no alternative?,* in *Krisis.* 1-3, 2018.

[71] Con l'espressione menzionata si fa riferimento all'applicazione di standard legalmente definiti per la condotta del settore da parte delle autorità pubbliche sotto forma di: (a) responsabilità concordata *(co-regulation*); (b) responsabilità stabilita per legge *(regulation set by law*), cfr, M.E. Kraft, S.R. Furlong*, Public policy: Politics, analysis and alternatives,* 2013. Esempi di questo modello sono: (a) la *Loi Avia* francese (n. 2020-766); (b) il *NetzDG* tedesco (*Network Enforcement Act*, 2017) precedenti all'entrata in vigore del reg. UE 2022/2065 (*DSA*).

Per un'analisi diacronico-comparativa dei modelli europei di *platform governance* si veda: E. De Blasio, D. Selva *Who is responsible for disinformation? European approaches to social platforms' accountability in the post-truth era,* in *American Behavioral Scientist*, 65(6), 825-846, 2021. Si veda anche A. Rochefort, *Regulating social media platforms: A comparative policy analysis, i*n *Communication Law and Policy*, 25(2), 225-260, 2020. K.S. Rahman*, Regulating informational infrastructure: Internet platforms as the new public utilities*, in *Georgetown Law and Technology Review,* 2(2), 234-248, 2018. Per un'analisi comparativa basata sul criterio di espansività delle politiche si rimanda anche a I. de Vivo*, The "neo-intermediation" of large on-line platforms*, 2023, *passim,* 8.

[72] Nel 2013, Edward Snowden, ex collaboratore della National Security Agency (NSA) degli Stati Uniti, con la divulgazione di una vasta quantità di documenti riservati, ha reso globalmente nota l'esistenza di programmi di sorveglianza di massa che consentivano alla NSA di raccogliere dati su comunicazioni telefoniche e attività su internet di milioni di persone, cittadini e leader politici, statunitensi e non, innescando il primo dibattito di risonanza globale su trasparenza dei poteri governativi nel digitale e sicurezza nazionale. Non può che rimandarsi all'autobiografia di Snowden: *E. Snowden, Permanent record,* 2019, nonchè S. Landau, *Making Sense from*

di sicurezza nazionale. La seconda parte del lavoro, analizzerà dunque come le varie declinazioni di sicurezza nazionale, attualmente, possano frapporsi alla realizzazione di una *data governance* globale costituzionalmente orientata, mettendo in luce la natura «strategicamente duale» dei big-data.

4. La valenza duale dei dati: i dati come asset strategico e il «capitalismo politico» statunitense. Se la raccolta e l'uso dei dati, rappresentano una minaccia al nucleo essenziale dei diritti individuali, mettendo a rischio direttamente e indirettamente la resilienza e il corretto funzionamento degli istituti democratici, al tempo stesso sono da considerarsi a tutti gli effetti come un *asset* decisivo per la sicurezza nazionale: i dati infatti sono il motore dell'innovazione tecnologica nella sua duplice valenza civile e militare, costituendo condicio sine qua non dell'implementazione dell' IA anche in campo bellico.

In ragione, allora, dell'equivalenza progressiva tra controllo e gestione dei dati e autonomia geostrategica, nel quadro geopolitico internazionale si assiste ad un movimento centripeto e, per certi versi opposto alla globalizzazione, che vede forme di rivendicazione della sovranità territoriale esprimersi attraverso il tentativo di nazionalizzazione dei dati e questo tanto in regimi autoritari, quanto in Stati democratici[73].

Citando ancora la raccomandazione di Schmidt:

«Saranno i dati ad alimentare i prossimi conflitti globali. L'accuratezza, la letalità e la velocità, dipende da immense serie di dati carburante che alimenta il motore del Machine Learning (ML) […] Chi accumula e organizza per primo il maggior numero di dati avrà la superiorità tecnologica, quindi spetta al Dipartimento raccogliere, archiviare, condividere, analizzare e proteggere i propri dati più velocemente e meglio dei suoi concorrenti. I dati devono essere considerati come una delle risorse più potenti nell'arsenale del Dipartimento»[74].

Una visione questa, che spiega bene come i dati estratti sul territorio di uno Stato (o meglio dalle popolazioni che lo abitano) generino non soltanto remunerazione del capitale, ma anche plusvalore di potere statale in termini di autonomia geostrategica e sicurezza[75] .

Come detto, si tratta di un aspetto fondamentale da tenere in considerazione, per vagliare l'efficacia e l'applicabilità a livello regionale e globale del nuovo quadro regolamentare dell'UE in materia di data governance: la stretta relazione tra raccolta dati e sicurezza nazionale, mette infatti in evidenza gli ostacoli, che in ossequio al principio di sovranità territoriale, si frappongono alla realizzazione di una data governance di «marca europea».

Attraverso una tattica di governance che fa perno sulla «categoria del rischio»[76] quale

---

Snowden: what's significant in the NSA surveillance revelations, in *IEEE Security & Privacy,* 11(4), 54-63, 2013; A. Wiener, *Uncanny Valley: Seduction and Disillusion in San Francisco' Startup Scene*, London, 127, 2020.

[73] Sul tema F. Balestrieri, L. Balestrieri, *Guerra digitale: il 5G e lo scontro tra Stati Uniti e Cina per il dominio tecnologico,* Roma, 2019; N. Möllers, *Making Digital Territory: Cybersecurity, Techno-nationalism, and the Moral Boundaries of the State,* in *Science, Technology, & Human Values*, 46(1), 112-138, 2021.

[74] E. Schmidt, *Recommendation 12: Forge New Approach to Data Collection, Sharing, and Analysis passim,* 1.

[75] F. Balestrieri, L. Balestrieri, *Guerra digitale: il 5G e lo scontro tra Stati Uniti e Cina per il dominio tecnologico,* 2019 *passim.*

[76] Tecnicamente il rischio è una combinazione tra la probabilità che si verifichi un determinato pericolo e l'entità delle conseguenze che tale pericolo può comportare cfr. R. Gellert, *The Risk-Based Approach to Data Protection,* Oxford, 2020. Per l'analisi della differenza t*ra risk approach e risk based approach* di vedano: G. De Gregorio, P. Dunn, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age* (59(2), in *Common Market Law Review*, 473-500*,* 2022: mentre la regolamentazione del rischio *strictu sensu* è identificabile come una «interferenza governativa con i processi di mercato o sociali per controllare le potenziali conseguenze negative», la «regolamentazione basata sul rischio» utilizza il *frame* come strumento per dare priorità e indirizzare l'azione di contrasto in modo proporzionato al pericolo effettivo: in altre parole, tenderebbe a «calibrare» l'applicazione della legge sulla base di punteggi di rischio concreti.

principale *proxy* trasduttiva[77] tra «costituzionalismo sociale»[78] e «costituzionalismo politico»[79]il GDPR, pur con le sue rilevate limitazioni tanto a livello micro, quanto a livello macro (nella gestione dei big data), si è rivelato strategicamente efficace imponendosi come *benchmark* a livello mondiale nella tutela dei diritti. Nonostante ciò, il GDPR sembra scontare l'assenza di una politica euro-unitaria in materia di trasferimento e monetizzazione dei dati[80]. La mancata elaborazione di una prospettiva strategica comune, rischia, infatti, di comprometterne l'effettivo perimetro di efficacia nella misura in cui rende di difficile interpretazione concetti quali «sicurezza nazionale» e «interesse geopolitico» che, come espressamente previsto dal considerando 16 dello stesso regolamento, definiscono i limiti di applicazione della normativa[81].

Dato lo stretto legame-che intercorre tra raccolta dati e sicurezza e in ossequio al principio di sovranità territoriale, la concreta applicabilità della normativa europea non può che dipendere dai modi in cui il diritto positivo e la giurisprudenza definiscono la regolazione della sicurezza in ambito nazionale, trovando geometria ed estensione variabile a seconda dell'effettivo bilanciamento tra questa e la tutela dei diritti individuali fondamentali nei rispettivi ordinamenti.

Il citato considerando 16, permettendo infatti ai singoli Stati Membri di non attuare la normativa quando ad essere in ballo sono la sicurezza nazionale e /o l'interesse geopolitico, ben può legittimare l'eventuale condivisione di dati con Paesi terzi tramite accordi bilaterali (c.d. *free riding),* anche quando, come nel caso statunitense, obiettivi e standard in materia di *data-protection* appaiono incompatibili con l'approccio europeo[82].

Ciò significa che gli standard di tutela così come pensati dalla UE nel *framework* del costituzionalismo digitale, anche in ambito regionale, dovranno confrontarsi con differenti impianti costituzionali e obiettivi strategici delle democrazie d'oltreoceano, che vedono il rapporto tra sicurezza nazionale - in particolare le esigenze governative di accesso e raccolta dati e tutela dei diritti individuali - una partita a somma zero.

Sfruttando quanto richiamato dal considerando 16 del Regolamento e in ragione della crescente tensione sino-americana nella sfida per la sovranità tecnologica, gli Stati Uniti

---

[77] La categoria del rischio è utilizzata a partire dal GDPR e con declinazioni parzialmente diverse con il DSA l'AI-Act, come principale tecnica di governance adottata dalla l'UE per promuovere i diritti fondamentali e i valori democratici come contro-limiti al predominio delle pure logiche di mercato nella società algoritmica. In quanto tattica caratterizzata dall'obiettivo di bilanciare adeguatamente la necessità di tutelare i diritti e le libertà fondamentali nell'ambiente digitale, proteggendo al contempo le libertà economiche, quali motori di innovazione e fondamentali per il Mercato Unico Digitale l'obiettivo non sarebbe quello di minimizzare i rischi in tutti i costi imponendo precauzioni massime (c.d. costituzionalismo precauzionale), ma raggiungere quella che è definibile come un' ottimizzazione del rischio (*consitutional optimization)* cfr. A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2014. Sul tema, si rimanda ancora a G. De Gregorio, P. Dunn, *The European Risk-Based Approaches, Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, 2022, *passim,* 21.

Parallelamente, attraverso la definizione normativa dei livelli di rischio accettabile, il tentativo è quello di dotare di efficacia i principi elaborati nel *framework* di un costituzionalismo «spontaneo», come appunto il costituzionalismo digitale, tramite il recupero dalla centralità del momento politico (*Political costitutionalism*) e, segnatamente, della deliberazione democratica nell'amministrazione dei diritti fondamentali, riaffermando un modello basato sul ruolo delle istituzioni democratiche.

[78] Sulle caratteristiche del «costituzionalismo digitale» si veda *supra,* nota 12.

[79] Sul concetto di «costituzionalismo politico» si veda *supra* nota 10.

[80] A dettare le prime regole in materia di *data monetization* il *Data Act*, reg. UE 2023/2854 e il *Data Governance Act* (DGA) reg. UE 2022/868.

[81] In merito si veda G. De Ruvo*, Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma,* 2022*, passim.*

[82] Sulle ragioni che giustificano la necessità di rafforzare la sovranità tecnologica europea a scapito di quella degli Stati membri si veda M.E. Bartoloni, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE: verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"*?, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1-2, 2022, *passim*.

tendono, infatti, a non considerare l'UE come un'unica entità, ma a cercare di attrarre nella propria orbita i singoli Paesi membri: è sempre Schmidt a proporre – in funzione anticinese – un'alleanza delle «tecno-democrazie» composta da singoli Stati europei che – riconoscendo la minaccia alla sicurezza nazionale dovuta allo sviluppo cinese – decidano di integrare i dati che vengono raccolti nel loro territorio con l'amministrazione americana, sostanzialmente bypassando la normativa GDPR[83].

Del resto, dal canto loro, se gli Stati Uniti procedessero a regolamentare il flusso di dati che le grandi aziende del digitale raccolgono, limitandone l'accesso alle big tech o introducendo dei paletti simili a quelli del GDPR, l'innovazione tecnologica americana subirebbe un clamoroso rallentamento lasciando il primato indiscusso alla Cina[84]. Emblematica rappresentazione della divergenza di obiettivi tra «capitalismo politico» americano[85] nel mercato dei dati e approccio europeo è il rapporto finale della Commissione Nazionale di Sicurezza (NSA) sull'IA:

«il governo federale deve lavorare insieme alle aziende americane per mantenere la leadership americana e per supportare lo sviluppo di diverse applicazioni dell'intelligenza artificiale che possano portare avanti l'interesse nazionale nel senso più ampio possibile […] aggregando – sia da un punto di vista quantitativo, sia da un punto di vista infrastrutturale – i dati raccolti dalle big tech con quelli raccolti da agenzie federali come la National Security Agency» [86].

La differenza con il GDPR è evidente: obiettivo principale del governo statunitense non è quello di garantire la protezione dei dati dell'individuo, ma primariamente quello di collaborare e sfruttare il potenziale tecnologico delle *big-tech* in prospettiva di supremazia strategico-militare attraverso il progressivo rafforzamento del «patto tecnocratico» tra Silicon Valley e gli apparati governativi.

In ragione dunque del progressivo processo di fusione tra la sfera militare e la sfera civile nell'ambito del *data mining*, poco spazio sembra rimanere a disposizione per istanze quali *accountability,* trasparenza e protezione dei diritti individuali.

Anche gli strumenti giuridici a disposizione nell'ordinamento statunitense, (quali *Committee on Foreign Investments in the US* (CFIUS) e l'*International Emergency Economic Powers Act* (*IEEPA*) vengono, infatti, utilizzati in prospettiva strategica e giustificati dalla retorica securitaria. Se i dati sono da considerarsi a tutti gli effetti come un asset decisivo per la sicurezza nazionale in ragione della loro rilevanza in campo bellico, le aziende straniere che li raccolgono a priori verranno considerate «infrastrutture critiche»[87]. Ciò significa che per operare negli USA –

[83] Cfr. E. Schmidt, *China Strategy Group Asymmetric Competition: A Strategy for China & Technology*, *Internet archive,* 25-27, 2020;

[84] Su questo rischio si veda ancora E. Schmidt, *China Strategy Group,* 2020, *passim.* Sul tema si veda G. De Ruvo, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma,* 2022, *passim.*

[85] Il concetto di «capitalismo politico» coniata da A. Aresu pone l'accento sulla compenetrazione di economia e politica in un «tutto organico» che si verifica a più livelli e secondo diverse modalità nelle economie più avanzate: come simbiosi di Stato e partito comunista in Cina; come presenza di numerosi apparati burocratici deputati alla sicurezza nazionale negli Stati Uniti, con la loro panoplia di poteri di emergenza; come utilizzo a scopi politici della tecnologia e delle grandi imprese tecnologiche nella competizione internazionale; come capacità di definire industrie e settori strategici da sostenere e di aziende 'nemiche' da avversare per la loro collocazione geopolitica; come capacità delle grandi potenze di guardare alle proprie economie secondo l'ottica della sicurezza nazionale; cfr. A. Aresu, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, Milano, 2020. Su obiettivi e sfide del nuovo capitalismo politico americano e sulla crescente similitudine di strategie tra Stati Uniti e Cina si veda; A. Dworkin, M. Leonard, *Can Europe save the world order?,* in *ecfr.eu*, 2018.

[86] *National Security Commission On Artificial Intelligence, Final Report,* 2021, 263.

[87] I concetti di infrastruttura critica e di sicurezza nazionale su cui si basa il blocco degli investimenti, evolvono ridefinendosi continuamente, sulla base delle nuove tecnologie e dei nuovi obiettivi geostrategici che le potenze cercano di perseguire, e pertanto sono impossibili da definire a priori*:* «la sicurezza nazionale, per un impero, è

dovranno passare necessariamente per un'istruttoria del CFIUS che può concludersi con *executive order* del presidente (non sindacabile a livello giurisdizionale) o che comunque saranno soggette al perimetro di applicazione dallo IEEPA utilizzabile appunto «per affrontare una particolare e straordinaria minaccia [...] alla sicurezza nazionale, alla politica estera, o all'economia degli Stati Uniti»[88].

Paradigmatica, al riguardo, è la vicenda che ha coinvolto *TikTok*[89] in cui gli USA hanno consapevolmente deciso di utilizzare lo IEEPA in funzione anti-cinese, con la decisione di *bannare* la piattaforma. A ben vedere, infatti, il c.d. *ban* non è che l'*extrema ratio* messa a disposizione dallo IEEPA, che dal punto di vista normativo, prevede anche soluzioni intermedie, quali ad esempio, la possibilità di congelare un asset fino a quando esso non rispetti le condizioni dettate dagli USA. Come giustamente rilevato, lo strumento poteva quindi essere utilizzato come deterrente, per imporre, ad esempio, alla Cina l'obbligo di rendere i server open access- aprendo la strada ad un effettivo processo di regolazione e trasparenza del flusso di dati. Soluzione tuttavia, che sembra esser stata scartata *ab origine*, presumibilmente per l'effetto domino che un tale precedente avrebbe potuto innescare, nella misura in cui avrebbe esposto la raccolta dati americana ad istanze identiche da parte di altri Paesi, compromettendone la raccolta dati[90]. Lo IEEPA è stato al contrario utilizzato come arma geo-economica nel tentativo di forzare la vendita di *TikTok* ad un'azienda statunitense con l'obiettivo di continuare ad estrarre dati, tramite il più avanzato l'algoritmo della piattaforma cinese, ma assicurandone la proprietà americana[91] . La tutela dei diritti individuali non è un problema che sembra sia entrato a far parte del ragionamento.

5. Riflessioni conclusive. L'uso politico di strumenti giuridici come il CFIUS e lo IEEPA si basa sulla dicotomia oppositiva tra tutela dei diritti individuali e sicurezza, quale presupposto ideologico della normalizzazione della sorveglianza pubblica e privata.

Negli USA la prevalenza delle esigenze governative di raccolta dati per lo sviluppo dell'IA sui diritti individuali è legittimata da una narrazione che – coadiuvata da una atmosfera di normalizzazione efficacemente descritta in letteratura come realismo di sorveglianza[92] – vede la sicurezza nazionale quale *knock-out* prevalente sulla tutela dei diritti individuali. Una visione aprioristica che snaturando l'idea stessa di bilanciamento quale *processo* attuale e dinamico che attende e pretende attualizzazione secondo i criteri di proporzionalità, si presta a strumentalizzazioni a livello politico volte a giustificare limitazioni anche estreme della libertà personale.

---

ciò che esso vuole che sia per mantenersi», cfr. A. Aresu, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, 2020, *passim,* 116. In ambito europeo si veda il reg. UE 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, in settori strategici che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, in GUUE L 79I del 21 marzo 2019, 1.

[88] *US Code, Unusual and extraordinary threat; declaration of national emergency; exercise of Presidential authorities, title 50, chapter 35, section 1701.* È chiaro che il punto problematico, evidentemente, è la nozione di sicurezza nazionale: è possibile inquadrarla normativamente? Come si fa a definire «critica» un'infrastruttura?

[89] La piattaforma nasce dall'acquisizione da parte di Bytedance dell'azienda MUSICalLY, anch'essa cinese, ma con sede a S. Francisco circostanza questa che ha reso utilizzabile lo IEEPA potendo considerare l'operazione un investimento straniero in territorio americano. Per un'approfondita analisi del caso, si rimanda ancora a G. De Ruvo, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma,* 2022, *passim.*

[90] Così G. De Ruvo, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma,* 2022, *passim*, 7, secondo cui lo scopo primario sarebbe stato esattamente quello di garantire che i dati vadano ad implementare «l'IA a stelle strisce» e non quella cinese.

[91] Si veda H, Kissinger E. Schmidt, D. Huttenlocher, *The Age of AI and Our Human Future,* London, 2021.

[92] L. Dencik, *Surveillance realism and the politics of imagination: Is there no alternative?*, 2018, *passim.*

Il caso americano è allora paradigmatico e può e deve fungere da monito per ampliare la riflessione sul concetto in perenne metamorfosi di sicurezza così come inteso tanto in ambito nazionale, quanto in ambito europeo e sui criteri che ne informano il processo di attualizzazione.

Se è vero, stando ai principi informatori della *data strategy* promossa dalla UE, che qualsiasi compressione della sfera della privacy , da intendersi come detto, in senso ampio ossia quale diritto all'identità individuale, deve fondarsi su una base giuridica adeguatamente accessibile (trasparente) prevedibile e formulata in modo sufficientemente chiaro da poter essere compresa, e dati gli attuali limiti posti dalla sovranità statale, il modo in cui il diritto positivo e la giurisprudenza vi accorderanno tutela nel bilanciamento con le ragioni dei sicurezza, non solo incide sulla complessiva struttura del sistema politico e giuridico del Paese, ma può determinare in concreto anche la compatibilità dei sistemi in questione con il fulcro dell' identità internazionale europea.

Il framework del «costituzionalismo digitale sostanziale» che di tale identità è espressione, è infatti non solo fattore di legittimazione della sovranità digitale europea che in esso trova fondamento, ma è prisma ermeneutico essenziale per valutare, anche tra le attività di *free riding* degli Stati membri, cosa possa considerarsi legittimo e cosa invece, sfidando il fulcro dell'identità internazionale europea, sia inquadrabile nella cornice della de-europeizzazione.

Per rispondere alla domanda circa la configurabilità di una sorveglianza o meglio di una data-veglianza pubblica e privata che, sebbene operativa nell'interesse della comunità, non sia lesiva dei diritti fondamentali del singolo, sono due, infatti, gli aspetti che si è cercato di mettere in rilievo nel corso della trattazione. La necessità da un lato, di pensare ad una ri-politicizzazione del modello aziendale che informa il *big data capitalism,* e che legittima, normalizzandoli, i presupposti epistemologici della datificazione. Affinchè ciò sia possibile si ritiene necessario *in primis* delegittimare l'ontologia ivi sottesa, ossia la visione dei dati come «risorsa naturale» liberamente disponibile all'appropriazione. Si tratta, infatti, del primo passo per ripensare alla rilevanza etico-giuridica, oltre che economica, di metadati e «*surplus* comportamentale», superando l'ormai fumosa distinzione nell'universo digitale di ciò che è personale e ciò che non lo è. A tale cambio di prospettiva non può non accompagnarsi un ripensamento in senso evolutivo del concetto di *privacy*, atto a comprendere una più ampia riflessione sul concetto di identità personale, presupposto indefettibile del libero agire, quale «sfera di propagazione» in cui tutti i diritti e i principi che informano la Carta europea e la Convenzione EDU si connettono tra loro, rinforzandosi reciprocamente. Diritti quali il rispetto della privacy e della riservatezza delle comunicazioni (artt. 8 CEDU e 7 CDFUE), la libertà di pensiero (artt. 9 CEDU e 10 CDFUE), la libertà di espressione, nella sua dimensione attiva e passiva, (artt. 10 CEDU e 11 CDFUE), così come interpretati e applicati dalle le ricostruzioni giurisprudenziali delle rispettive Corti, sembrano, infatti, interagire nella più ampia dimensione di quella che definiamo «la sfera dell'identità personale». Detto con le parole di Janneke Gerard, il carattere speciale dei diritti fondamentali può essere paragonato a quello di un prisma: «un diritto fondamentale è trasparente e sembra un oggetto chiaramente definito, ma non appena la luce lo colpisce e lo attraversa, diventa visibile un ampio spettro di colori»[93]. Nel tempo i lati del prisma di un diritto fondamentale, rifletteranno aspetti precedentemente nascosti alla percezione: nuovi interessi, valori e diritti che seppur

[93] «Il diritto quindi si disperde in uno spettro di colori, di interessi, di valori e anche di più diritti. Tutti questi [colori] possono essere visti e nominati individualmente, ma non possono non mescolarsi tra loro. Ai due lati dello spettro, inoltre, ci sono colori che non sono visibili a occhio nudo, ma che sono chiaramente presenti». cfr. J. Gerard, *The prism of fundamental rights*, in *European Constitutional Law Review,* 8:2, 173-202, 2012, 178, tr. Nostra.

diversi e nominabili individualmente, sono difficilmente separabili e di cui non può non tenersi conto nella svolta verso la regolazione «umano-centrica» su cui l'Europa è intenzionata a definire la propria «identità nel digitale».
Il secondo aspetto messo in evidenza, di rilievo strutturale, spinge a interrogarsi sulle possibilità effettivamente offerte dall'attuale architettura costituzionale dell'Unione all'acquisizione e alla costruzione di quell' autonomia strategica presupposta alla sovranità digitale, e necessaria a dotare di effettività una data governance costituzionalmente orientata. Il c.d. approccio integrato[94] delle competenze in materia di sicurezza promosso dalla UE, sarebbe, infatti, praticabile nella misura in cui l'UE potesse utilizzare il complesso di poteri d'azione nell'ambito di un sistema di obiettivi complessivamente considerato, secondo una visione olistica e comune. Tuttavia, in un ordinamento come quello dell'Unione, fondato su una rigida ripartizione di competenze[95], una visione integrata delle varie politiche si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il principio d'attribuzione[96] su cui l'assetto impresso dai Trattati all'architettura costituzionale dell'UE continua a fondarsi. In questa prospettiva, il processo di acquisizione di autonomia strategica nel settore della sicurezza appare, dunque, ostacolato dallo stesso assetto costituzionale, che impedisce di concepire l'ordinamento dell'Unione come entità unitaria[97]. Come si è cercato di porre in evidenza nel corso dell'analisi, riconoscere all'UE le prerogative necessarie perché si possa parlare di sovranità digitale europea, è allora precondizione alla realizzazione di un costituzionalismo digitale non soltanto procedurale, ma anche sostanziale.

[94] Secondo il Consiglio europeo l'autonomia strategica è concepita come capacità dell'Unione di consolidare la propria dimensione di sicurezza e difesa attraverso il ricorso al complessivo ventaglio di meccanismi e strumenti messi a disposizione dall'ordinamento UE, quindi attraverso un approccio c.d. integrato*:* «Per attuare efficacemente l'approccio integrato dell'UE utilizzeremo appieno e coerentemente tutte le politiche e tutti gli strumenti dell'UE disponibili, oltre a ottimizzare le sinergie e la complementarità tra sicurezza interna ed esterna, sicurezza e sviluppo nonché le dimensioni civile e militare della nostra politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC)», cfr. CE*, Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa – Per un'Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali*, Bruxelles, 21 marzo 2022, 13. https://data.consilium.europa. eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/it/pdf

[95] Sulla natura «perdente» della logica della separazione delle competenze in ragione degli ambiti materiali oggetto di regolazione, si veda Ruggeri, che sottolinea necessità loro integrazione ispirata al modello costituzionale connotato da discipline positive per gradi decrescenti di generalità; cfr. A. Ruggeri, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, 2021, *passim,* 130.

[96] La possibilità di temperare la logica del riparto delle competenze con il principio di sussidiarietà sullo sfondo di una legittimazione della sovranità «orientata ai valori» costituirebbe, ad oggi, la condizione di possibilità di quell'eterogenesi dei fini che se da un lato estende la capacità di penetrazione della fonte europea nel diritto interno, dall'altro legittima quel cambio di prospettiva strategica, dichiarato a chiare lettere nel 2020 dalla Presidente della Commissione Von der Leyen, che vede la UE trascendere l'idea di mercato unico come fine in sé, puntando, piuttosto, alla creazione di standard europei con un impatto globale. Tra i principali obiettivi come detto, vi è quello di creare un modello alternativo di trasformazione digitale, come terza opzione nelle attuali battaglie geopolitiche e geoeconomiche tra Stati Uniti e Cina; cfr. Commissione europea, *Dare forma al futuro digitale dell'Europa.* COM (2020) 67; Commissione europea, *2030 Bussola digitale: La via europea per il decennio digitale,* COM (2021) 118; in merito si veda G. Glasze, F.Dammann, M. Münßinger, D. Danet, C. Bômont, A. Desforges, *Reception and Elaboration of "Digital Sovereignty" in Three European Discourse Arenas: France, Germany, and the EU,* in G. Glasze, et al. *passim,* 2023; C. Hobbs, Europe's *digital sovereignty: From rulemaker to superpower in the age of US- China rivalry* in *London: European Council on Foreign Relations*, 2020. T. Christakis, *European digital sovereignty': Successfully navigating between the 'Brussels effect' and Europe's quest for strategic autonomy*, in *SSRN Journal 7,* 2020.

[97] Sul tema si veda ampiamente M.E. Bartoloni*, La politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE: verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"?,* 2022, *passim*, il quale osserva come l'attuale pilastro PSDC, anche nella prospettiva di un suo ulteriore potenziamento, non potrà prescindere dalle politiche materiali (ex politiche comunitarie) e dalle dinamiche del mercato interno, che la Commissione, qualifica come «mercato europeo della difesa»; Cfr. Comunicazione della Commissione COM (2022) 60 *final*, *passim.*

Abstract. La capacità di ogni Stato di definire autonomamente il proprio quadro regolamentare concernente l'economia digitale, il potere di controllo sulle infrastrutture strategiche, sicurezza informatica e disinformazione costituiscono l'attuale sfida «esistenziale» che gli ordinamenti democratici si trovano ad affrontare.
In questo scenario, la strategia dell'Unione per costruire la c.d. «sovranità digitale europea» rappresenta il tentativo dell'Europa di riaffermare la propria identità normativa-valoriale a livello geopolitico in linea con le sue radici etiche e costituzionali. A seguito di un breve inquadramento delle caratteristiche salienti del c.d. costituzionalismo digitale, nel cui frame teorico si inserisce e va letta l'attuale svolta normativa europea per la «sovranità digitale», un focus specifico sarà dedicato all'analisi della questione trasversale e preordinata a qualsiasi tentativo di regolazione della rete, ossia la *data protection* e con essa la tutela da accordarsi al meta-principio dell'identità e della dignità personale che permea l'ordinamento europeo. Nella seconda parte del lavoro verranno quindi analizzati gli ostacoli che a livello geopolitico si frappongono alla realizzazione di una data governance globale costituzionalmente informata. Dall'analisi dell'impianto generale del GDPR, oltre alle generali limitazioni nella tutela del «diritto all'identità personale» tanto a livello micro, quanto a livello macro (gestione dei big-data), emerge infatti come l' assenza di una politica estera comune in materia di monetizzazione e uso dei dati, renda di difficile interpretazione concetti quali «sicurezza nazionale» e «interesse geopolitico» che legittimano la deroga al quadro regolatorio europeo, permettendo ai singoli Stati la condivisione di dati con Paesi terzi tramite accordi bilaterali, anche quando, come nel caso statunitense, obiettivi e standard in materia di *data-protection* appaiono incompatibili con l'approccio dell'Unione. In conclusione, si metterà in luce come il *framework* del costituzionalismo digitale, resti non soltanto fattore di legittimazione della sovranità digitale che in esso trova fondamento, ma anche griglia ermeneutica per valutare, nell'ambito dell'autonomia strategica degli Stati membri nell'applicazione o disapplicazione del regolamento (c.d. *free riding*), cosa possa rientrare nell'alveo della legittima contestazione politica e cosa invece, sfidando il fulcro dell' identità internazionale europea, sia inquadrabile nella cornice della de- europeizzazione.

Abstract. The ability of individual states to autonomously craft regulations concerning the digital economy, oversee strategic infrastructure, manage cybersecurity, and combat misinformation represents a pivotal existential challenge for democratic systems. Following a brief overview of the salient features of so-called digital constitutionalism, the frame in which the European normative turn towards «digital sovereignty» is embedded and interpreted, a focused analysis will delve into the cross-cutting issue preceding any network regulation attempt: the geopolitical barriers to achieving constitutionally informed global data governance. In the second part of the work, the geopolitical obstacles to the realization of a constitutionally informed global data governance will be analyzed. An examination of the GDPR framework highlights not only the general limitations in protecting the «right to personal identity» at both micro and macro levels (in the context of handling big data) but also underscores the challenges in interpreting concepts such as «national security» and «geopolitical interest». These concepts allow exceptions to the European regulatory framework, enabling states to share data with third countries, even when their data protection objectives and standards, as observed in the case of the United States, are not aligned with the EU approach. Finally, the study illuminates how the digital constitutionalism framework not only legitimizes the underlying digital sovereignty but also serves as a hermeneutic tool to discern what falls within legitimate political contestation and what, by challenging the essence of European international identity, can be categorized within the context of de-Europeanization.

Parole chiave. Sovranità digitale – costituzionalismo digitale – data governance – geopolitica dei *big data* – Identità europea transnazionale.

Key words. Digital sovereignty – digital constitutionalism – data governance – geopolitics of big data – Transnational European identity.

.

I DIRITTI DIGITALI: VERSO UN'IDENTITÀ UNICA EUROPEA*

di Francesca Ricciulli**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La nozione di «identità» nel diritto costituzionale. – 3. I diritti digitali e la Carta della cittadinanza digitale. – 4. Il diritto all'identità digitale e la sua evoluzione. – 5. Verso un'identità unica europea. I diritti alla prova di una espansione territoriale e dimensionale, che rischia di rappresentare una compressione.

1. Premessa. Il 20 maggio 2024 è entrato in vigore il Regolamento Europeo 2024/1183 dell'11 aprile 2024 (GU 30 aprile 2024), c.d. *Regolamento eIDAS 2* (*Electronic Identification And trust Services*, in seguito anche *Regolamento*), che modifica il Regolamento Europeo n. 910/2014 e definisce il quadro normativo per la creazione di un'identità digitale europea.
Il presente contributo si propone di approfondire il tema di estremo rilievo sotto diversi profili, che vanno dall'impatto della regolazione sovranazionale sull'ordinamento interno - soprattutto con riferimento al tema delle tecnologie – alla sempre maggiore «frammentazione» dell'identità individuale, conseguente alla espansione del relativo diritto in termini territoriali (territorio dell'Unione europea) e dimensionali (dimensione digitale).
L'interoperabilità dei dati e la trasfrontalierità dei servizi, primari obiettivi dell'identità digitale europea, celano anche indubbi rischi legati allo scambio di una grossa mole di dati tra diversi soggetti pubblici e privati.
Il presente contributo, partendo da una ricostruzione dell'identità come diritto costituzionale e digitale e approfondendo i rischi legati al suo allargamento, si propone di svolgere una riflessione sul fatto che non sembrano crescere di pari passo con l'aumento dei rischi gli strumenti di tutela a supporto dei cittadini-utenti. Tale limite è già emerso in passato in vicende che hanno riguardato la relazione tra utenti e providers privati.

2. La nozione di «identità» nel diritto costituzionale. Quando si parla di «identità» da un punto di vista giuridico si fa riferimento, il più delle volte, ai «nuovi diritti» o «diritti di seconda generazione», per la maggior parte riconducibili agli aspetti essenziali della persona come unità psicofisica, elaborati dalla Corte Costituzionale e ricondotti dalla stessa, attraverso il combinato disposto degli art. 2, 3, c. 2, e 13 Cost., ai diritti fondamentali della persona[1].
Esistono, infatti, diritti che emergono dalla giurisprudenza costituzionale, che, come noto, si è trovata a fronteggiare esigenze sorte anche a distanza di molti anni dall'entrata in vigore della Costituzione[2].

---

* *Sottoposto a referaggio.*
** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Roma Tre.
[1] F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1995; F. Modugno, *Diritto pubblico*, Torino, 2021; M. Cartabia, *In tema di "nuovi" diritti*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011.
[2] Relativamente al dibattito sull'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta cfr. A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, o chiusa cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985; sul tema cfr. anche N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4,2017; A. Morelli, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 1, 2015; R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello*

Con riferimento al tema in oggetto, nella prima pronuncia costituzionale sul tema, la sentenza n. 13/1994, si legge che, «tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana, l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale». E ancora che: «si tratta del diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo». In quest'ottica l'identità personale costituisce, dunque, di per sé stessa, un bene, a prescindere dai pregi e dai difetti che caratterizzano ogni soggetto e indipendentemente da qualsivoglia situazione sociale ed economica. A ciascuno, in altre parole, indipendentemente da tutto e proprio in ragione delle caratteristiche che lo contraddistinguono, è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata.

Al fine di ricostruire l'argomento, oltre alla cospicua giurisprudenza – precedente a quella costituzionale – formatasi poi negli anni sul tema[3], va ricordata anche la prima codificazione[4]. Sul piano normativo, infatti, il concetto di identità personale si rinviene prima nella legge n. 675/1996[5] e, successivamente, nel d.lgs. n. 196/2003[6].

Non meno rilevante, infine, per l'evoluzione del concetto di «identità» nell'ordinamento italiano risulta il contributo della dottrina, che, già prima delle pronunce giurisprudenziali citate, aveva riflettuto sul tema.

Peraltro, come si approfondirà nel prosieguo, è proprio la dottrina che ci supporta nel comprendere come si sia passati da una nozione di «identità» ricostruita come nella citata pronuncia della Corte costituzionale e dunque intesa come qualcosa di intrinsecamente legato alla persona nella sua dimensione umana alla nozione attuale, a quella sempre più spesso utilizzata nella relazione tra essere umano e strumenti digitali.

In particolare, a partire dagli anni '50, è stato teorizzato che la persona ambisce «a una proiezione sociale del proprio io personale corrispondente alla realtà dello stesso io»[7], per emergere, in ambito sociale, per quella che è nella realtà con le proprie caratteristiche. Dunque, il diritto all'identità personale si sovrappone all'obbligo del rispetto della verità personale.

In linea con questa ricostruzione, di fondamentale importanza è «la tutela dei segni distintivi personali, tra cui principale è il nome», grazie alla quale la persona può essere «rappresentata e individuata in sé medesima e nelle sue azioni, escludendo la confusione con altre persone e, quindi, l'attribuzione ad essa di qualità ed atti non suoi»[8].

---

costituzionale e alcune deviazioni, in *Rivista AIC*, 4, 2018; A. Ruggeri, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*.

[3] Per un approfondimento cfr. G. Pino, *Il diritto all'identità personale Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale,* Bologna 2003. Pretura di Roma del 6 maggio 1974, Pretura di Pontedera del 10 maggio 1974; Pretura di Torino del 30 maggio 1979, Pretura di Roma del 2 giugno 1980, Pretura di Verona del 21 dicembre 1982, sent. Cass. n. 3769 del 22 giugno 1985.

[4] E.C. Raffiotta, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 26 gennaio 2010.

[5] cfr. art. 1 «La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione», successivamente abrogato ai sensi dell'articolo 183, c. 1, lett. *a)*, del *Codice in materia dei dati personali.*

[6] cfr. art. 2 «Il presente testo unico, di seguito denominato 'codice', garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

[7] A. De Cupis in *I diritti della personalità*, Milano, 1959; A. De Cupis, *La verità nel diritto (Osservazioni in margine a un libro recente)*, in *Foro it.*, 1952.

[8] cfr. A. De Cupis, op. cit.

Ciò non vuol dire che l'identità personale sia da tutelare solo nel caso in cui i segni distintivi siano a rischio (es. nome e pseudonimo), ma anche a fronte di una cattiva rappresentazione (sia se migliorativa che peggiorativa) di quell'individuo, «non aderente alla verità della persona»[9].

Ecco, allora, che prende forma la duplice accezione in cui siamo abituati a considerare l'«identità»[10]. Di certo il diritto all'identità come diritto alla «concreta rappresentazione della personalità», come diritto a non essere travisato né offuscato[11].

Non di meno, però, ed è il profilo che più si approfondirà nel presente scritto, il diritto all'identità come diritto che consente l'identificazione di un soggetto[12]. Da qui la denominazione degli strumenti come il «documento di identità» o la «carta di identità».

Del resto, lo stesso termine «identità» viene utilizzato per esprimere la coscienza, anche collettiva, della propria individualità e personalità ma anche il rapporto di esatta uguaglianza o coincidenza tra due elementi[13].

Proprio in questo senso e per inquadrare il tema, risulta fondamentale soffermarsi anche su un altro aspetto, che è stato più volte messo in luce dalla dottrina nell'approfondimento teorico della nozione di identità, ossia la sua «prospettiva relazionale»[14].

Il diritto all'identità, sia nell'ottica di essere correttamente rappresentati che identificati, richiede la relazione tra «io» e ciò che lo circonda.

È vero, infatti, che l'intera esistenza è costruzione della propria identità, non necessariamente tramite confronto con gli altri. È celebre la distinzione tracciata da Jane Austen tra «orgoglio» e «vanità», intesa come differenza tra l'opinione che abbiamo di noi stessi rispetto a quello che vorremmo che gli altri pensassero di noi.

Per tornare, dunque, al tema dell'identità come diritto che consente l'identificazione tramite il complesso dei dati personali caratteristici e fondamentali che consentono l'individuazione di un soggetto, tale considerazione è comunque valida. Non si usa, del resto, identificarsi con le persone con cui si è in relazione. Occorre sempre, in effetti, che ci sia un'alterità.

Tuttavia, la propria costruzione personale è destinata ad essere messa in discussione, di continuo, dall'interazione con gli altri. Occorre, in effetti, il riconoscimento altrui perché la propria identità possa trovare tutela ed esplicarsi.

Richiamate brevemente le linee generali dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinaria della nozione di identità, occorre ricordare altresì che, alla fine degli anni 90', Stefano Rodotà mette in luce che l'evoluzione tecnologica contribuisce a complicare ulteriormente le riflessioni svolte in tutti i campi sul tema dell'identità, in quanto comporta una «frammentazione della persona»[15]. In questo contesto, «l'unità della persona viene spezzata. Al suo posto non troviamo un unico 'clone elettronico', bensì tante 'persone elettroniche', tante persone create dal mercato quanti sono gli interessi diversificati che

---

[9] cfr. A. De Cupis, op. cit.

[10] per un approfondimento sul tema del diritto all'identità personale da un punto di vista storico e con riferimento ad entrambe le prospettive cfr. A. Randazzo, *Diritto all'identità personale e valori costituzionali. Le linee di un modello, traendo spunto da Luigi Pirandello*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2021; E.C. Raffiotta, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, cit.

[11] G. Pino, *Il diritto all'identità personale Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale,* Bologna 2003.

[12] G. Finocchiaro, (voce) *Identità personale (diritto alla)* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V Agg., Torino 2010; sulla individuazione «inequivoca» della persona v. G. Resta, *Identità personale e identità digitale,* in *Dir. Informatica*, 2007, pp. 511 ss.;

[13] v. Enciclopedia Treccani, termine filosofico indicante in generale l'eguaglianza di un oggetto rispetto a sé stesso.

[14] cfr. A. Randazzo, op. cit.

[15] S. Rodotà, *Prefazione alla Relazione annuale dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali*, 1997. Sullo stesso tema, v. anche S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995 e S. Rodotà, *Trasformazioni del corpo* in *Politica del diritto*, 1, 2006.

spingono alla raccolta delle informazioni. Siamo di fronte ad un individuo 'moltiplicato'». Il «problema dell'identità» è legato anche alla possibilità che ha un navigante in rete «di nascondersi grazie all'anonimato, di utilizzare nomi e identità diverse, continuamente variabili». In altre parole, «L´Io diviso esplode sullo schermo. Ognuno di noi può essere 'uno, nessuno e centomila'. Si è detto che il sé corrisponde alle molteplici 'finestre' che possono essere aperte sullo schermo del computer: 'queste finestre sono divenute una potente metafora per pensare il sé come un sistema multiplo, distribuito'»[16].

3. I diritti digitali e la Carta della cittadinanza digitale. Sempre più spesso nel mutato contesto storico caratterizzato da una presenza sempre più pervasiva della tecnologia, si parla di «identità digitale»[17] o «identità elettronica».

In effetti, si tratta di uno dei principali diritti digitali previsti dal d.lgs n. 82/2005, recante *Codice dell'amministrazione digitale*, c.d. *CAD*. Come noto, tale testo normativo contiene una sezione, la «Carta della cittadinanza digitale» (artt. 3-9 *CAD*), che definisce l'insieme dei diritti e dei doveri di tutti i cittadini, oggi «utenti», in relazione all'uso delle tecnologie informatiche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e i gestori di servizi pubblici[18].

La Carta della cittadinanza digitale è un nucleo minimo di diritti, che deve essere garantito da tutti gli enti, con l'obiettivo di semplificare il complesso rapporto tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione.

Rispetto alla qualificazione nell'ambito del diritto costituzionale, non si tratta probabilmente di una nuova generazione, quanto più di una evoluzione nella dimensione digitale dei tradizionali diritti riconosciuti alle persone nel mondo «analogico»[19].

La Carta, inoltre, promuove l'uso delle nuove tecnologie anche per incentivare una maggiore partecipazione dei cittadini al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili, anche attraverso forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto che le amministrazioni intendono adottare.

La Carta della cittadinanza digitale è stata profondamente rafforzata dagli interventi che hanno interessato il Codice dell'amministrazione digitale negli ultimi anni.

Si pensi all'impatto dovuto alla riforma della pubblica amministrazione del 2015[20] la cui *ratio* è da rinvenire, oltre che nell'obiettivo di evitare sprechi di risorse pubbliche, nell'intento del legislatore di rafforzare il riconoscimento dei diritti digitali dei cittadini e degli utenti, estendendo notevolmente, a tal fine, il campo soggettivo di applicazione del *Codice*

---

16 S. Rodotà, op. cit.

17 definita all'art. 1, lett. *u-quater*) *CAD* come «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo le modalità fissate nel decreto attuativo dell'articolo 64».

18 E. Belisario, *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Santarcangelo, 2009; P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2020; C. Boccia, C. Contessa, E. De Giovanni, *Il Codice dell'amministrazione digitale*, Treviso, 2018; A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019.

19 A. Iannuzzi, F. Laviola, *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e uguaglianza* in *Diritto costituzionale*, 1, 2023, 9-40.

20 sul punto si veda quanto riportato nella *Relazione illustrativa* allo schema di decreto legislativo di attuazione della richiamata l. n. 124/2015 (recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*), nella quale si chiarisce che è stato previsto un elenco dettagliato di soggetti a cui si applicano le norme del *CAD*, specificando che «per i gestori di servizi pubblici ciò avviene in relazione ai servizi di pubblico interesse. Tenuto conto del grande numero di servizi pubblici forniti da soggetti privati in forza di concessioni, infatti, si è ritenuto opportuno riconoscere agli utenti analoghi diritti di cittadinanza digitale anche in relazione ai fornitori di detti servizi, in attuazione di quanto previsto dal principio di delega contenuto nell'articolo l, comma l, lettera *h)* ai sensi del quale tra gli obiettivi dell'intervento normativa vi è anche quello di semplificare le condizioni di esercizio dei diritti e l'accesso ai servizi di interesse dei cittadini, obiettivo che si persegue ampliando il novero dei soggetti tenuti ad applicare le norme del *CAD*».

dell'amministrazione digitale.
Le pubbliche amministrazioni devono quindi assicurare agli utenti l'effettiva possibilità di esercitare questi diritti, anche per evitare sanzioni e responsabilità. Sono diversi, infatti, gli strumenti di tutela a disposizione degli utenti in caso di violazione dei diritti digitali.
Questi ultimi sono sempre maggiori e di più semplice attivazione. Rispetto al complesso e più oneroso ricorso al tribunale amministrativo competente, infatti, ad oggi gli utenti possono ricorrere al Difensore civico per il digitale istituito presso l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) o utilizzare la *class action* amministrativa (strumento, come noto, mutuato dalla normativa consumeristica).
Con la pandemia da Covid-19, il d.lgs. n. 77/2021, recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, infine, ha attribuito un nuovo potere di vigilanza e sanzionatorio all'AgID con l'introduzione dell'art. 18-*bis* all'interno del *CAD*.
In altre parole, i diritti sanciti dal *CAD* non sono mere enunciazioni di principio, ma posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento.

4. Il diritto all'identità digitale e la sua evoluzione. Tra i vari diritti contenuti all'interno della Carta della cittadinanza digitale si rinviene il diritto all'identità digitale. In particolare, l'art. 3-*bis CAD* sancisce il diritto di «chiunque» di accedere ai servizi *on-line* offerti da pubbliche amministrazioni e gestori di servizi pubblici tramite la propria identità digitale e «anche» tramite l'Applicazione IO (punto di accesso unico telematico di cui all'art. 64-*bis*)[21].
Per come disciplinato, però, tale diritto – estrinsecazione nel mondo digitale del diritto all'identità nell'accezione menzionata nei precedenti paragrafi – rappresenta sia uno strumento messo a disposizione delle persone per accedere in modo semplice e veloce ai servizi *on-line*, senza necessità di recarsi allo sportello, sia, per i soggetti pubblici, un mezzo per effettuare l'identificazione delle stesse.
Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 ottobre 2014, anche noto come *Decreto SPID*, definisce, all'art. 1, lett. *o)*, l'Identità digitale come la «la rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale». L'identità digitale sarebbe costituita, dunque, dall'insieme di dati che abilitano il soggetto a compiere le proprie attività in rete, ossia le tecniche di autenticazione e identificazione dell'utente (ad es. le credenziali di accesso).
Come noto, infatti, a questo diritto corrisponde già da diversi anni l'obbligo dei soggetti pubblici di consentire agli utenti l'accesso ai servizi *on-line* tramite il *Sistema pubblico di identità digitale*, c.d. *SPID*. Tale piattaforma abilitante prevista già dalla prima strategia nazionale[22] è la soluzione che permette ai cittadini di accedere a tutti i servizi *online* della pubblica amministrazione che richiedono l'identificazione dell'utente con un'unica identità digitale.
Una volta completata la procedura di verifica (che certifica l'identità del richiedente) presso uno qualsiasi degli *identity provider* qualificati dall'Agenzia per l'Italia Digitale (e presenti su www.spid.gov.it), infatti, vengono rilasciate all'utente univoche credenziali (*username* e *password*), che possono essere utilizzate su tutti i siti delle amministrazioni e dei soggetti

[21] Art. 3-*bis*, d.lgs n. 82/2005, recante *Identità digitale e Domicilio digitale*. Il c. 01 dell'art. 3-*bis* prevede che: «Chiunque ha il diritto di accedere ai servizi on-line offerti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, tramite la propria identità digitale e anche attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64-*bis*».
[22] v. *Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2017-2019*, approvato con d.P.C.M. del 31 maggio 2017.

privati che lo consentono. Esistono tre livelli di sicurezza[23] e all'utente con identità *SPID* non possono essere richiesti altri strumenti di identificazione.
Oltre alla praticità, legata alla circostanza per cui gli utenti devono ricordare solo una coppia di credenziali, c'è anche il vantaggio che l'identificazione con *SPID* consente agli utenti di poter vedere tutti i documenti associati alla propria anagrafica e di poter inviare istanze e dichiarazioni con pieno valore legale, come se fossero firmate digitalmente.
Dopo la straordinaria diffusione di questo strumento, certamente accelerata dalla digitalizzazione forzata avvenuta a valle della pandemia da Covid-19, il d.l. n. 76/2020, c.d. *Decreto Semplificazioni*, ha equiparato Carta di identità elettronica (*CIE*)[24], da un punto di vista degli effetti giuridici prodotti, a *SPID*.
Lo stesso Decreto è intervenuto altresì sull'art. 64 *CAD*, individuando il 28 febbraio 2021 come termine ultimo per lo *switch off* delle modalità di autenticazione diverse da *SPID* e *CIE*. A partire da tale data, dunque, è fatto divieto alle amministrazioni di rilasciare o rinnovare credenziali per l'identificazione e l'accesso dei cittadini ai propri servizi in rete diverse da *SPID*, *CIE* o *CNS* (Carta Nazionale dei Servizi[25]), fermo restando l'utilizzo di quelle già rilasciate fino alla loro naturale scadenza e, comunque, non oltre il 30 settembre 2021.
Sempre con riguardo alle modifiche al citato art. 64, di particolare rilievo risulta l'introduzione del comma 2-*duodecies*, ai sensi del quale il riconoscimento dell'utente tramite identità digitale (con livello di garanzia almeno significativo ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del Regolamento UE n. 910/2014) ha lo stesso effetto dell'esibizione di un documento di riconoscimento[26].
Ebbene, nel contesto descritto e nonostante l'ormai diffuso utilizzo di *SPID* (a fine 2023 si registrano 37.000.000 identità *SPID* attive) e gli ingenti finanziamenti sul tema previsti dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (*PNRR*)[27], è in corso da qualche tempo un intenso dibattito sulla opportunità di unificare gli strumenti di identificazione, optando per la scelta del mantenimento della sola Carta di identità elettronica. L'obiettivo dell'unificazione sarebbe, ancora una volta, provare a semplificare ulteriormente la vita degli utenti, evitando la diversificazione di strumenti e piattaforme.
Al momento, comunque, sono state rinnovate per un biennio le convenzioni con gli *identity*

[23]- il primo livello permette di accedere ai servizi online attraverso un nome utente e una *password* scelti dall'utente;
- il secondo livello, dedicato ai servizi che richiedono un grado di sicurezza maggiore, permette l'accesso attraverso un nome utente e una *password* scelti dall'utente; la generazione di un codice temporaneo di accesso (*one time password*) o l'uso di un'*APP*, fruibile attraverso un dispositivo (es. *smartphone*);
- il terzo livello prevede l'utilizzo di ulteriori soluzioni di sicurezza e di dispositivi fisici (es. *smart card*) che vengono erogati dal gestore dell'identità.
[24] definita dall'art. 1, lett. *c)*, *CAD* come «il documento d'identità munito di elementi per l'identificazione fisica del titolare rilasciato su supporto informatico dalle amministrazioni comunali con la prevalente finalità di dimostrare l'identità anagrafica del suo titolare».
[25] definita dall'art. 1, lett. *d)*, *CAD* come «il documento rilasciato su supporto informatico per consentire l'accesso per via telematica ai servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni».
[26] per un approfondimento I. Macrì, *Identità transfrontaliera ed evoluzione dei sistemi di identificazione in rete*, in *Azienditalia*, 2023.
[27] in particolare, la missione 1 «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo», tra gli interventi previsti nell'ambito della componente 1 «digitalizzazione, innovazione e sicurezza della pubblica amministrazione», prevede un intervento per il quale sono disponibili a livello nazionale oltre 2 miliardi di euro sul PNRR e ulteriori 350 milioni di euro finanziati dal Piano Complementare. Quest'ultimo si compone di distinte linee di attività finalizzate tra l'altro a: favorire l'adozione delle piattaforme nazionali di identità digitale (*Sistema Pubblico di Identità Digitale*, *SPID* e Carta d'Identità Elettronica, *CIE*) e dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente-ANPR (investimento 1.4.4 «Rafforzamento dell'adozione delle piattaforme nazionali di identità digitale (*SPID*, *CIE*) e dell'Anagrafe Nazionale – ANPR»).

providers e nulla è previsto con riferimento al destino della *CNS*.
Con riferimento, poi, al «punto di accesso unico telematico» di cui all'art. 64-*bis CAD*, tale strumento previsto dalla normativa trova il suo sviluppo in concreto nell'applicazione (c.d. *App. IO*), realizzata dalla PagoPa S.p.a.
Si tratta di una piattaforma che prevede un uso bilaterale, consentendo ai cittadini di comunicare con la pubblica amministrazione e viceversa e che presuppone, per il suo funzionamento, la previa identificazione degli utenti tramite *SPID* e *CIE*[28].

5. Verso un'identità unica europea. I diritti alla prova di una espansione territoriale e dimensionale, che rischia di rappresentare una compressione. Nel contesto descritto, è senza dubbio avvertita l'esigenza di rivolgersi a una dimensione sovranazionale, che, come noto, è ormai sempre più pervasiva, soprattutto in tema di regolazione delle tecnologie, in linea generale con la finalità di tutelare i diritti fondamentali messi a rischio dalle stesse (si pensi, ad esempio, alla normativa in materia di protezione dati personali, di piattaforme e servizi e, da ultimo, di intelligenza artificiale).

Il Regolamento n. 910/2014, c.d. *Regolamento eIDAS*, approvato già un decennio fa con il fine di ingenerare nella popolazione europea fiducia nel mercato unico digitale, prevede regole uniche sui temi dei documenti informatici, delle firme elettroniche, dell'identità digitale[29] e, più in generale, di servizi fiduciari e prestatori degli stessi[30]. Tra gli obiettivi del *Regolamento* c'era già anche quello di consentire ai cittadini di utilizzare la loro identificazione elettronica per autenticarsi in un altro Stato membro[31].
Il 20 maggio 2024, poi, è entrato in vigore il Regolamento Europeo 2024/1183 dell'11 aprile 2024 (GU 30 aprile 2024), c.d. *eIDAS 2* (*Electronic Identification And trust Services*, in seguito anche *Regolamento)*, che modifica il Regolamento Europeo n. 910/2014 e definisce il quadro normativo per la creazione di un'identità digitale europea.
Tale identità viene costituita tramite il Portafoglio Europeo di Identità Digitale (*European Digital Identity Wallet – EDIW*)[32], che, nel disegno delle istituzioni europee, dovrebbe consentire di utilizzare un'unica identità digitale in tutta l'Unione per accedere ai servizi *on-*

[28] per un approfondimento sul diritto all'identità digitale, sugli strumenti sviluppati e sulla loro evoluzione v. E. Belisario, F. Ricciulli, S. Pagnotta, *Amministrazione digitale: guida ragionata agli switch off*, Santarcangelo, 2021.
[29] v. artt. 3, recante «Definizioni». In particolare, 1) «identificazione elettronica», il processo per cui si fa uso di dati di identificazione personale in forma elettronica che rappresentano un'unica persona fisica o giuridica, o un'unica persona fisica che rappresenta una persona giuridica; «mezzi di identificazione elettronica», un'unità materiale e/o immateriale contenente dati di identificazione personale e utilizzata per l'autenticazione per un servizio online; 4) «regime di identificazione elettronica», un sistema di identificazione elettronica per cui si forniscono mezzi di identificazione elettronica alle persone fisiche o giuridiche, o alle persone fisiche che rappresentano persone giuridiche;
[30] Regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.
[31] v. considerando 9: «in molti casi i cittadini non possono valersi della loro identificazione elettronica per autenticarsi in un altro Stato membro perché i regimi nazionali di identificazione elettronica del loro paese non sono riconosciuti in altri Stati membri. Tale barriera elettronica impedisce ai prestatori di servizi di godere pienamente dei vantaggi del mercato interno. Disporre di mezzi di identificazione elettronica riconosciuti reciprocamente permetterà di agevolare la fornitura transfrontaliera di numerosi servizi nel mercato interno e consentirà alle imprese di operare su base transfrontaliera, evitando molti ostacoli nelle interazioni con le autorità pubbliche».
[32] definito come «un mezzo di identificazione elettronica, che consente all'utente di archiviare, gestire e convalidare in modo sicuro i dati di identità e attestazioni elettroniche degli attributi, per fornirli alle parti che ne fanno affidamento e ad altri utenti dei Portafogli Europei di Identità Digitale e di firmare tramite firme elettroniche qualificate o di sigillare tramite sigilli elettronici qualificati» (art. 3, par. 42, *eIDAS 2*).

line di soggetti pubblici e privati[33].
Per quanto l'identità elettronica europea e il relativo sistema di portafoglio dell'identità digitale elettronica europea, per come delineati, non sembrano sostitutivi di quelli previsti dagli Stati membri quanto piuttosto complementari, nonché facoltativi per gli utenti[34], non c'è dubbio che tale novità in ambito sovranazionale abbia un impatto su tutti gli ordinamenti interni. Per tali ragioni, alcuni hanno parlato financo della necessità di aprire un dibattito sulla modifica della Costituzione[35], anche alla luce del fatto che, secondo il dettato normativo, i portafogli europei di identità digitale sembrano essere un elemento obbligatorio e fondamentale nel quadro normativo di *eIDAS 2*[36].
Del resto, sulla scorta delle indicazioni sovranazionali è stato da subito avviato dal Dipartimento per la Trasformazione digitale e dalla PagoPa S.p.A. un progetto (il cui prototipo dovrebbe essere rilasciato nel corso del 2024), che prevede, per il momento, ancora la centralità della già menzionata *App IO*. In particolare, le tre identità digitali menzionate (*SPID*, *CIE* e *CNS* dovrebbero confluire nell'applicazione Portafoglio pubblico italiano di Identità Digitale, c.d. "*IT Wallet*", che sarebbe un'evoluzione della stessa applicazione[37].
Nel panorama dei Paesi membri, l'Italia, infatti, ha da tempo investito su questa applicazione, ampiamente diffusa e prevista dal *CAD* come punto unico di accesso ai servizi per il cittadino, parallelo al sito di ciascun ente. Il *wallet* italiano nascerebbe come compatibile dal punto di vista tecnico a quello europeo e l'intenzione dichiarata delle istituzioni è quella di essere contributori attivi dell'evoluzione del disegno sovranazionale[38].
Per adeguare la normativa interna alle novità derivanti dalla regolazione europea, il d.l. n. 19/2024, conv. con mod. in l. n. 56/2024, ha istituito il *Wallet* italiano (*IT Wallet*) tramite l'introduzione dell'art. 64 quater[39] all'interno del Codice dell'amministrazione digitale.
Ebbene, ciò premesso sul progetto, non c'è dubbio sul fatto che ci si muove verso un ampliamento, *prima facie* positivo, dei diritti dei cittadini secondo un disegno in cui la «cittadinanza», intesa come insieme di diritti e doveri, è sempre più «europea» e sempre più «digitale».
In quest'ottica, da una parte non può che essere accolto con favore un orientamento delle istituzioni europee che comporta l'allargamento dei contenuti dei diritti in spazi e

[33] v. art. 6-*bis* formulato nella proposta che introduce i «Portafogli europei di identità digitale», qualificandoli come «un prodotto e servizio che consente all'utente di conservare dati di identità, credenziali e attributi collegati alla sua identità, fornirli su richiesta alle parti facenti affidamento sulla certificazione e utilizzarli per l'autenticazione, online e offline, per un servizio, nonché per creare firme elettroniche qualificate e sigilli elettronici qualificati».
[34] Gli Stati membri, infatti, provvedono affinché l'uso e la validità dell'*European Digital Identity Wallet* sia strettamente correlata alla libertà di scelta e autodeterminazione dell'utente. Pertanto, ai sensi del paragrafo 15, articolo 5-*bis* del nuovo regolamento, l'uso del portafoglio europeo è facoltativo. Ne consegue che l'accesso ai servizi pubblici e privati, nonché al mercato del lavoro, non è in alcun modo limitato o reso svantaggioso per le persone fisiche o giuridiche che non utilizzano i portafogli europei di identità digitale. Di conseguenza, resta possibile accedere ai servizi pubblici e privati tramite altri mezzi di identificazione e autenticazione esistenti. Inoltre, l'utente ha il diritto di revocare gratuitamente la validità del proprio portafoglio europeo (art. 5-*bis*, par. 9, lett. *a)*, garantendogli così il pieno controllo sull'uso dello stesso.
[35] M. Capitanio, *L'identità digitale in Costituzione, garanzia dei nostri diritti fondamentali*, in *AgendaDigitale.it*.
[36] cfr. art. 6-*bis* formulato nella proposta «al fine di garantire che tutte le persone fisiche e giuridiche nell'Unione abbiano un accesso sicuro, affidabile e senza soluzione di continuità a servizi pubblici e privati transfrontalieri, ciascuno Stato membro emette un portafoglio europeo di identità digitale entro 12 mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento».
[37] G. Manca, *Memorie dal digitale*, Roma, 2024.
[38] Convegno presso l'Aula dei Gruppi parlamentari della Camera dei Deputati *Verso un'identità digitale europea* del 23 maggio 2023.
[39] Art. 64-*quater*, d.lgs. n. 82/2005, rubricato *Sistema di portafoglio digitale italiano - Sistema IT-Wallet*.

dimensioni sempre più vasti. Tali processi, peraltro, vengono generalmente portati avanti dall'Unione europea con una consueta attenzione ai diritti fondamentali, caratteristica dell'approccio assunto dall'Unione sia con riferimento alla normativa in materia di protezione dei dati personali che di sicurezza informatica e intelligenza artificiale[40].

Ciò detto, si ravvedono, comunque, anche diverse criticità.

Nonostante la creazione di un'identità unica muova – come da interpretazione autentica fornita dalle istituzioni – proprio da finalità, oltre che di semplificazione, di garantire adeguata sicurezza ai cittadini europei rispetto al trattamento dei propri dati[41], il progetto sembra comportare diversi rischi proprio con riferimento a questo profilo.

L'obiettivo del progetto dell'identità unica, che emerge anche dalla relazione che accompagna la proposta di emendamento al primo *Regolamento eIDAS*, del resto, sarebbe quello di creare un mercato unico digitale in cui sia consentito ai cittadini e residenti autorizzati di accedere a servizi *on-line* di soggetti sia pubblici che privati in tutta l'Unione Europea. Ciò anche perché, considerato l'indubbio valore dei servizi erogati attraverso internet, gli stessi rappresentano evidentemente per l'Europa un ambito di sviluppo economico cruciale. Secondo l'interpretazione di vari autori, in questo disegno strategico, messo a punto anche al fine di competere con il potere delle piattaforme extra-UE, si rinviene uno dei motivi del rinnovato interesse per il tema della identificazione elettronica transfrontaliera[42].

L'erogazione transfrontaliera di servizi pubblici e privati richiede, però, un elevatissimo livello di interoperabilità delle banche dati, foriero di indubbi vantaggi ma anche di evidenti rischi paventati già in passato dalla dottrina più lungimirante[43].

Nella strategia europea sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione, del resto, si punta alla piena interoperabilità delle banche dati per favorire il principio *once only*, proprio in una prospettiva di semplificazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini. Sempre in quest'ottica, si parla, poi, della progressiva automazione dei procedimenti amministrativi.

Il sogno della massima interoperabilità delle banche dati pone, però, prima di tutto, rischi relativi ai dati personali in mano alle società private e pubbliche incaricate di gestire i servizi a livello nazionale e sovranazionale e, dunque, l'esigenza di raggiungere un equilibrio tra esigenza di interoperabilità e *data protection*[44]. Se è vero, infatti, che in questi anni si è parlato spesso dei pericoli posti dal possesso da parte delle grandi aziende di tech dei dati dei cittadini, i dati personali in mano pubblica pongono criticità diverse ma non meno preoccupanti, che riguardano i rischi di sorveglianza digitale e manipolazione della popolazione.

Se sul profilo della protezione dati personali, la dottrina, infatti, sembra concordare sul

---

[40] E. C. Raffiotta, *Cybersecurity regulation in the European Union and the issues of constitutional law*, in *Rivista AIC*, 4, 2022.

[41] v. Discorso sullo stato dell'Unione pronunciato dalla Presidente von der Leyen nella sessione plenaria del Parlamento europeo il 16 settembre 2020: «Ogni volta che una app o un sito web ci chiede di creare una nuova identità digitale o di accedere facilmente tramite una grande piattaforma, non abbiamo idea di cosa ne sia veramente dei nostri dati. Per questo motivo, la Commissione proporrà presto un'identità digitale europea sicura. Qualcosa di affidabile, che ogni cittadino potrà usare ovunque in Europa per fare qualsiasi cosa, da pagare le tasse a prendere a noleggio una bicicletta. Una tecnologia che ci consenta di controllare in prima persona quali dati vengono utilizzati e come».

[42] cfr. A. Ortalda, S. Leucci, *Identità digitale e protezione dei dati personali: punti di incontro e rischi nelle discipline eIDAS e RGPD*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2022.

[43] S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

[44] sull'esigenza che l'evoluzione dei processi di identificazione non deve rischiare di minare i presidi a tutela della protezione dei dati personali v. A. Beduschi, *Digital Identity: contemporary challenges for data protection, privacy and non-discrimination rights,* in *Big data society*, 2019.

fatto che si ravvisano diverse criticità ma che le stesse non risultano irrimediabilmente «bloccanti» rispetto al progetto nel suo complesso[45], con riferimento al profilo dei rischi degli impatti sui sistemi giuridici dell'impiego di tecnologie, è la stessa democrazia europea, forse, ad essere in pericolo in una prospettiva di «post-democrazia», di cui parlano già alcuni autori[46].

Per quanto, infatti, come detto, l'Unione europea provi a distinguersi – soprattutto in tema di tecnologie - per una regolazione attenta ai diritti fondamentali, non c'è dubbio che, pure in un contesto di formale e apparente allargamento dei diritti di cittadinanza, riuscire ad essere effettivamente e sostanzialmente cittadini digitali piuttosto che passivamente sudditi, consumatori o utenti, non sia facile.

Con la progressiva interoperabilità delle banche dati e la presumibile integrazione di procedimenti automatizzati nell'ambito di piattaforme pubbliche e private, il *Digital Wallet* europeo potrebbe diventare uno straordinario strumento facoltativo di auto-controllo e auto-profilazione con possibili risvolti di sorveglianza sociale, soprattutto se si considera che i relativi portafogli nazionali saranno sviluppati in ambito pubblico e aperti a soggetti pubblici e privati. Ritengo che tale questione collegata ma ulteriore rispetto a quella legata alla protezione dei dati personali, pur allo stato astratta, debba essere approfondita per scongiurare rischi che si profilano a fronte di un progetto che prevede una possibilità ampia di raccolta delle informazioni personali da parte di istituzioni pubbliche e private, un accesso potenzialmente rapidissimo all'intero complesso delle informazioni grazie agli «elaboratori», nonché, più in generale, un'elevata circolazione di informazioni relazione a servizi fruiti dalle persone quindi rappresentative di preferenze e abitudini delle stesse[47].

Ciò, tanto più in un momento storico in cui il cittadino digitale non ha certezza, né a livello nazionale né sovranazionale, circa quale organo sia effettivamente competente a tutelare i suoi diritti quando si trovi nella condizione di essere – come nel caso del *Wallet* europeo – allo stesso tempo «interessato» e «consumatore» al cospetto di un soggetto pubblico/privato, che eroga servizi *on-line*.

Con una recente pronuncia[48], il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza di primo grado del TAR Lazio, ha annullato la sanzione comminata a Telepass dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per pratiche commerciali ingannevoli, determinate, a detta dell'Autorità, dal non aver informato i consumatori sulla raccolta e il trattamento dei dati per finalità di *direct marketing*.

Nel provvedimento dell'Autorità, confermato dal TAR ma annullato dal Consiglio di Stato, si affermava espressamente che: «contrariamente a quanto sostenuto dalle società, la circostanza che in sede di presentazione del servizio il consumatore non viene informato sull'utilizzo commerciale dei propri dati non viene sanata dal fatto che nell'informativa privacy, cui viene meramente fatto rinvio all'inizio del funnel viene ricordata la finalità commerciale sottostante alla raccolta, al mantenimento e alla gestione dei propri dati poiché le società adotterebbero un processo di *patrimonializzazione*[49] dei dati assoggettati a

[45] A. Beduschi, *Digital Identity: contemporary challenges for data protection, privacy and non-discrimination rights,* in Big data society, 2019; A. Ortalda e S. Leucci, *Identità digitale e protezione dei dati personali: punti di incontro e rischi nelle discipline eIDAS e RGPD*, cit.

[46] C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 6 ss.

[47] S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

[48] Cons. Stato, sent. n. 497/2024.

[49] Sul fenomeno della «patrimonializzazione» v. TAR Lazio, sent. n. 260/2020 in cui il Tribunale ha affermato il principio secondo il quale: «a fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità di un individuo e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del

sfruttamento economico, di cui l'utente finale deve venire a conoscenza».
A giudizio del Consiglio di Stato, però, l'AGCM, nel corso del procedimento e prima di adottare un provvedimento sanzionatorio rispetto a una condotta che coinvolge l'utente in qualità allo stesso tempo di «consumatore» e di «interessato», avrebbe dovuto coinvolgere anche il Garante per la protezione dei dati personali, competente in materia di *data protection*.
Si tratta di un precedente molto significativo, che si iscrive nel solco già segnato, a livello sovranazionale, dalla Corte di Giustizia nel caso C-252/21, *Meta c. Bundeskartellamt* e sul tema dei rapporti tra autorità amministrative e tra diverse normative (quella consumeristica e quella sulla tutela dei dati personali).
La questione della ripartizione delle competenze tra autorità, che mina l'effettività della tutela dei diritti digitali degli utenti con riferimento ai servizi digitali, è destinata a diventare ancora più intricata alla luce dell'*AI Act*, che prevede l'istituzione di un'autorità deputata a vigilare l'intelligenza artificiale in ciascuno Stato membro.
Quello dei rapporti tra autorità preposte a tutela di interessi diversi ma complementari è solo una delle prossime sfide che le istituzioni dovranno affrontare. Staremo a vedere se l'apparente espansione transfrontaliera e digitale dell'identità rappresenterà un effettivo traguardo per i cittadini europei o, invece, un arretramento.

Abstract. Quando si parla di «identità» si fa riferimento, il più delle volte, ai «nuovi diritti», per la maggior parte riconducibili agli aspetti essenziali della persona come unità psicofisica, elaborati dalla Corte Costituzionale e ricondotti dalla stessa, attraverso il combinato disposto degli art. 2, 3 c. 2, e, naturalmente, 13 Cost., ai diritti fondamentali della persona.
Sempre più spesso, però, nel mutato contesto storico caratterizzato da una presenza sempre più pervasiva della tecnologia, si parla di «identità digitale».
In effetti, si tratta di uno dei principali diritti digitali previsti dal d.lgs n. 82/2005, recante *Codice dell'amministrazione digitale*, c.d. *CAD*. Come noto, tale testo normativo contiene una sezione, la *Carta della cittadinanza digitale* (art. 3-9 *CAD*), che definisce l'insieme dei diritti e dei doveri di tutti i cittadini in relazione all'uso delle tecnologie informatiche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e i gestori di servizi pubblici.
La Carta della cittadinanza digitale è un nucleo minimo di diritti, che deve essere garantito da tutti gli enti, con l'obiettivo di semplificare il complesso rapporto tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione.
Le pubbliche amministrazioni devono quindi assicurare agli utenti l'effettiva possibilità di esercitare questi diritti, anche per evitare sanzioni e responsabilità.
Con specifico riferimento al diritto di identità digitale, l'art. 3-*bis CAD* afferma il diritto di «chiunque» di accedere ai servizi *on-line* offerti da pubbliche amministrazioni e gestori di servizi pubblici tramite la propria identità digitale e l'*App IO* (punto di accesso unico telematico di cui all'art. 64-*bis*).
A questo diritto corrisponde già da anni l'obbligo dei soggetti pubblici di consentire agli utenti l'accesso ai servizi online tramite *SPID* e, dopo la straordinaria diffusione di questo strumento, anche accelerata dalla digitalizzazione forzata avvenuta a valle della pandemia da Covid-19, anche tramite Carta di identità elettronica (*CIE*).

---

mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della 'patrimonializzazione' del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione di un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un 'social network'. […]. I dati personali, secondo tale orientamento, possono costituire 'un asset' disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di 'controprestazione' in senso tecnico di un contratto come nel caso oggetto della sentenza appena richiamata».

Nel contesto descritto, è sempre più avvertita, l'esigenza di rivolgersi a una dimensione sovranazionale, che, come noto, è ormai sempre più pervasiva, soprattutto in tema di regolazione delle tecnologie e di tutela dei diritti messi a rischio dal digitale (si pensi, ad esempio, alla normativa in materia di protezione dati personali, di servizi fiduciari, di piattaforme e servizi e, da ultimo, di intelligenza artificiale).
Il Regolamento c.d. *eIDAS 2* istituisce una identità elettronica europea e il relativo sistema di portafoglio dell'identità digitale elettronica europea (*EUDI Wallet*). Questi strumenti, per come al momento delineati non sembrano sostitutivi di quelli previsti dagli Stati membri ma non c'è dubbio che l'attività che stanno svolgendo le istituzioni europee avrà un impatto su tutti gli ordinamenti interni. L'Italia ha già provveduto a modificare la normativa interna per introdurre la base giuridica del portafoglio nazionale, l'*IT Wallet*, che sarà implementato nell'ambito dell'*App IO*.
Il tema in oggetto pone molte questioni giuridiche concernenti la relazione tra fonti normative nazionali e sovranazionali, la relazione tra le Autorità della governance, nonché l'auspicabile ampliamento dei diritti di cittadinanza verso una «cittadinanza» sempre più «europea» e «digitale». In ragione dell'interoperabilità necessaria tra portafogli sviluppati da soggetti pubblici e banche dati pubbliche e private per la realizzazione del progetto, oltre ai benefici, sono anche molti i rischi che si profilano con il progressivo sviluppo dello stesso.

Abstract. When we speak of "identity", we most often refer to the "new rights", most of which can be traced back to the essential aspects of the person as a psychophysical unity, elaborated by the Constitutional Court and outlined by it, through the combined provisions of Articles 2, 3 c. 2, and, of course, 13 of the Constitution, as fundamental rights of the person. Increasingly often, however, in the changed historical context characterized by the increasingly pervasive presence of technology, we speak of "digital identity". In fact, this is one of the main digital rights provided for by Legislative Decree No. 82/2005, bearing the Digital Administration Code, so-called CAD. As is well known, this normative text contains a section, the Digital Citizenship Charter (Art. 3-9 CAD), which defines the set of rights and duties of all citizens in relation to the use of information technologies in their relations with public administrations and public service providers. The Digital Citizenship Charter is a minimum set of rights, which must be guaranteed by all entities, with the aim of simplifying the complex relationship between citizens, businesses, and public administration. Public administrations must therefore ensure that users can effectively exercise these rights, also to avoid sanctions and liability.
With specific reference to the right to digital identity, Art. 3-bis CAD affirms the right of "anyone" to access online services offered by public administrations and public service providers through their digital identity and the IO App (single telematic access point referred to in Art. 64-bis). This right has already been matched for years by the obligation of public entities to allow users to access online services through SPID and, after the extraordinary spread of this tool, also accelerated by the forced digitization that occurred downstream of the Covid-19 pandemic, also through the Electronic Identity Card (CIE).
In the described context, there is an increasing need to turn to a supranational dimension, which, as is well known, is now more and more pervasive, especially in terms of the regulation of technologies and the protection of rights put at risk by the digital (think, for example, of the legislation on personal data protection, trust services, platforms and services and, most recently, artificial intelligence). The so-called eIDAS 2 Regulation establishes a European electronic identity and the related European electronic digital identity wallet system (EUDI Wallet).
These tools, as currently outlined, do not appear to be substitutes for those provided by

member states, but there is no doubt that the work being done by European institutions will have an impact on all domestic legal systems. Italy has already amended its domestic legislation to introduce the legal basis for the national wallet, the IT Wallet, which will be implemented as part of the IO App. The issue at hand raises many legal questions concerning the relationship between national and supranational regulatory sources, the relationship between the Authorities of governance, as well as the desirable expansion of citizenship rights toward an increasingly "European" and "digital" "citizenship." Due to the necessary interoperability between wallets developed by public entities and public and private databases for the implementation of the project, in addition to the benefits, there are also many risks that loom as the project develops.

Parole chiave. Identità – Costituzione – digitalizzazione – diritti digitali – diritti fondamentali – digitale – Unione Europea.

Key words. Identity – Constitution – digitization – digital rights – fundamental rights – digital – European Union.

NOTE INTORNO AL (FUTURO) ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT. PROSPETTIVE COSTITUZIONALI E SFIDE DELL'IMMIGRAZIONE NELL'ECOSISTEMA DIGITALE*

di Michela Tuozzo**

Abbiamo perciò il dovere di allargare lo sguardo e di orientare la ricerca tecnico-scientifica al perseguimento della pace e del bene comune, al servizio dello sviluppo integrale dell'uomo e della comunità. La dignità intrinseca di ogni persona e la fraternità che ci lega come membri dell'unica famiglia umana devono stare alla base dello sviluppo di nuove tecnologie e servire come criteri indiscutibili per valutarle prima del loro impiego, in modo che il progresso digitale possa avvenire nel rispetto della giustizia e contribuire alla causa della pace. Gli sviluppi tecnologici che non portano a un miglioramento della qualità di vita di tutta l'umanità, ma al contrario aggravano le disuguaglianze e i conflitti, non potranno mai essere considerati vero progresso.

L'intelligenza artificiale diventerà sempre più importante. Le sfide che pone sono tecniche, ma anche antropologiche, educative, sociali e politiche.

Papa Francesco, *Intelligenza artificiale e pace*

La tecnologia ha sempre cambiato gli assetti economici e sociali.

Adesso, con l'intelligenza artificiale che si autoalimenta, sta generando un progresso inarrestabile.

Destinato a modificare profondamente le nostre abitudini professionali, sociali, relazionali.

Ci troviamo nel mezzo di quello che verrà ricordato come il grande balzo storico dell'inizio del terzo millennio. Dobbiamo fare in modo che la rivoluzione che stiamo vivendo resti umana. Cioè, iscritta dentro quella tradizione di civiltà che vede, nella persona - e nella sua dignità - il pilastro irrinunziabile.

Sergio Mattarella, *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica*

To put it more metaphorically, the world provides the data, but we generate the information from the data, and the information is not a copy or a mirror image of the source of the data.

We have no direct epistemic access to the *noumenon*, we know only the phenomena.

Luciano Floridi, *On two philosophical earworms (series: notes to myself)*

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il costituzionalismo nell'ecosistema digitale. – 3. Il (futuro) regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: opportunità e limiti. – 3.1. (*segue*) La categorizzazione del rischio dell'IA per le politiche migratorie. – 4. Il rilevamento delle emozioni alle frontiere: *AI Act* e diritti neuronali. – 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione. Il 2023 si è contraddistinto, tra le altre cose, per essere stato l'anno nel quale si è registrato il record globale della regolazione sull'intelligenza artificiale (da ora in

* *Sottoposto a referaggio*. L'articolo si inserisce nelle attività di ricerca svolte nell'ambito del Progetto PNRR MUR: FAIR – Future AI Research – PE000013.

** Ricercatrice t.d., lett. *a)*, di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

avanti IA)[1].
Il processo legislativo più avanzato è quello dell'Unione Europea con la *Proposta di regolamento sull'armonizzazione delle regole sull'Intelligenza artificiale*[2], che, nel momento in cui si licenzia il lavoro, è stato approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, dopo l'accordo raggiunto il 9 dicembre 2023 durante i triloghi[3].
Tuttavia, il fenomeno non si limita all'Unione. Anche quei Paesi che tradizionalmente mostravano resistenza a regolare Internet stanno ora avviando discussioni in merito[4]. Ad esempio, il Presidente degli Stati Uniti ha emesso l'*Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence* e *The Blueprint for an AI Bill of Rights: Making Automated Systems Work for the American People* a ottobre 2023[5]. Inoltre, il primo summit internazionale sulla sicurezza dell'intelligenza artificiale, tenutosi il 1° novembre 2023 a Bletchley, ha visto la firma della *Dichiarazione* omonima da parte dei leader di sistemi giuridici e politici, come gli Stati Uniti e la Cina, tra loro agli antipodi. Nel giugno del 2023, il Regno Unito ha adottato il documento politico *A pro-innovation approach to AI regulation*[6]. Anche la Cina ambisce ad a introdurre un suo AI Act[7]. Infine, il Consiglio d'Europa ha adottato nel maggio 2024 la prima Convenzione internazionale sull'intelligenza artificiale.
La tecnologia riflette norme, valori e rapporti di potere esistenti nella società, il che implica non solo che le tradizioni giuridiche di ogni ordinamento ne orienteranno l'attività regolatoria, ma che lo sviluppo tecnologico seguirà verosimilmente le asimmetrie esistenti tra *Global North* e *Global South*[8]. In altri termini, l'intelligenza artificiale produce, e produrrà, costi e benefici non uguali per tutti.
Questo studio intende esaminare in che modo il futuro Regolamento (da ora in avanti AI Act) affronti tali sfide, con uno sguardo specifico ai settori dell'immigrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere. Per dare un esempio del mutevole utilizzo dell'IA in questo settore si prenda il caso della previsione di una crisi migratoria. L'IA – alimentata da *big data*, dai dati

[1] Si vedano i risultati del rapporto HAI, *Artificial Intelligence Index Report 2023*, Chapter 6, 267 ss., che mette in luce l'incremento di atti legislativi che fanno riferimento all'IA dal 2016 al 2022, passando da 1 a 37 atti.
[2] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, 21.4.2021.
[3] Consiglio dell'UE, *Regolamento sull'intelligenza artificiale: il Consiglio e il Parlamento raggiungono un accordo sulle prime regole per l'IA al mondo*, 9 dicembre 2023, all'url: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/; European Parliament, *Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*, 13.3.2024; Consiglio dell'Unione europea, *Artificial intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*, 21.5.2024.
[4] La dottrina ha messo in luce il cd. *Brussels effect* in tale campo, J. Schuett, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 2.
[5] President Biden, *Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence*, 30 ottobre 2023, all'url: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/10/30/fact-sheet-president-biden-issues-executive-order-on-safe-secure-and-trustworthy-artificial-intelligence/.
[6] UK Government, *A pro-innovation approach to AI regulation*, 2023, all'url: https://www.trade.gov/market-intelligence/uk-ai-regulations-2023.
[7] Per una panoramica sulle «geografie» dell'IA v. T. Ryan-Mosley, M. Heikkilä, Z. Yang, *What's next for AI regulation in 2024? The coming year is going to see the first sweeping AI laws enter into force, with global efforts to hold tech companies accountable*, in *MIT Technology Review*, 2024.
[8] «This also perpetuates the Global North as the locus of power and technological development, to be deployed in the Global South», così P. Molnar, *Technology on the margins: AI and global migration management from a human rights perspective*, in *Cambridge International Law Journal*, 2, 2019, 326.

derivanti da geolocalizzazione, dai *social network* e dai database su larga scala[9] – indica al decisore politico di prepararsi a tale evento. Questi potrebbe farlo in due direzioni opposte: evitare la saturazione del sistema di accoglienza e della macchina amministrativa, aprire canali di ingresso protetti, allocare in modo efficiente le risorse per la gestione dell'accoglienza, o viceversa nell'ottica di prevenire gli ingressi di migranti e richiedenti asilo, ampliando le ipotesi legislative delle politiche di *non-entrée*[10]. Le potenzialità del ricorso agli strumenti tecnologici presentano l'indubbio vantaggio di rafforzare il potere degli Stati sia in ordine all'esercizio della prerogativa dello *jus excludendi alios*, sia nella velocizzazione delle procedure per il riconoscimento dei diritti.

Lo sviluppo di sistemi algoritmici in questo settore si colloca nel più ampio fenomeno della digitalizzazione delle frontiere europee, che ha accelerato il suo sviluppo in risposta alla crisi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia del 2015. Crisi, quest'ultima, che ha scoperchiato il vaso di Pandora sulle fragilità dello spazio Schengen sotto il profilo della gestione dell'immigrazione e l'asilo, connotato da inefficienze amministrative degli Stati membri frontalieri e dall'insostenibilità degli oneri gravanti sugli stessi Stati[11].

È importante notare che mentre la digitalizzazione delle frontiere costituisce il presupposto per l'applicazione dei sistemi di IA, non vi è piena identificazione tra le due tecnologie, nel senso che attualmente l'implementazione dell'IA in ambito migratorio è meno estesa della digitalizzazione[12].

Alla luce di queste brevi premesse, due sono le traiettorie che si intende indagare in questo saggio: osservare il paradigma dell'*algorithm constitutional by design*[13] all'interno dell'AI Act e specificatamente le sue ricadute nel contesto migratorio. In tal senso, i due temi si intrecciano negli articoli 5 e 6 del futuro regolamento europeo e nella sua base giuridica orientata al funzionamento del mercato interno[14].

Il saggio si articola attorno all'analisi delle categorie di diritto costituzionale coinvolte, delineando così la prospettiva giuridica dalla quale si vuol esaminare la complessa relazione tra l'intelligenza artificiale e le dinamiche migratorie (§ 2). Nel solco di questo approfondimento, si procederà con una disamina degli elementi chiave dell'*AI Act* (§ 3), ponendo particolare attenzione all'ambito dell'immigrazione, delle frontiere e dell'asilo (§ 3.1). Infine, il testo si concentra su un caso specifico di studio riguardante il rilevamento delle emozioni alle frontiere, esaminando i profili critici connessi a tale pratica e a come si collochi in relazione al tema degli emergenti *neurorights* (§ 4).

2. Il costituzionalismo nell'ecosistema digitale. In riferimento al fenomeno dell'immigrazione e dell'asilo, la sfida che maggiormente si è imposta al costituzionalismo

[9] Sulla «datafication of migration management» D. Broeders, H. Dijstelbloem, *The Datafication of Mobility and Migration Management: the Mediating State and its Consequences*, in I. Van der Ploegand J. Pridmore (a cura di), *Digitizing Identities: Doing Identity in a Networked World*, London, 2016, 242.

[10] A. Beduschi, *International migration management in the age of artificial intelligence*, in *Migration Studies*, 3, 2021, 581. Per una panormica sugli attuali impieghi dell'intelligenza artificiale nelle politiche di immigrazione e asilo si veda D. Ozkul, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Oxford: Refugee Studies Centre, University of Oxford, 2023.

[11] D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, 77 ss.

[12] A. Beduschi, M. McAuliffe, *Artificial Intelligence, migration and mobility: implications for policy and practice*, in *World Migration Report*, 2022.

[13] G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal Giornale di BioDiritto*, 3 marzo 2021, *passim*.

[14] L'art. 3, par. 3, TUE è una disposizione complessa, perché l'Unione instaura il mercato interno ispirandosi a valori tra loro antagonisti: solidarietà e competitività. Sul tema A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 2020.

moderno è stata quella del radicamento dei diritti nella dignità della persona, anziché nel suo rapporto con lo *status civitatis*. In tal modo, l'obiettivo è stato quello di recuperare l'originaria ispirazione universalistica nell'affermazione dei diritti umani per vagliare la legittimità delle scelte del legislatore, pur lasciandogli un margine nel differenziare la posizione giuridica del cittadino da quella dello straniero nel godimento dei diritti fondamentali[15].

I due valori, libertà ed eguaglianza, alla luce della quarta rivoluzione scientifica, incontrano nuove sfide per la realizzazione dell'aspirazione costituzionale di costruire una società in cui gli individui siano più liberi ed eguali che in qualsiasi altra forma di convivenza[16].

Per cogliere le trasformazioni in atto e la pervasività della rivoluzione del mondo dei *bit*, sia consentito uscire per un momento dalle categorie giuridiche, richiamando il pensiero di uno dei maggiori filosofi che abbiano speculato sulla tecnologia. Quest'ultimo ricorda come la più grande scoperta scientifica destinata a cambiare la comprensione del mondo e di noi stessi sia proprio quella dell'intelligenza artificiale. L'IA mette in discussione quella caratteristica che ha reso unica l'esperienza umana nell'universo: l'intelligenza del pensiero. Si apre la strada a una nuova consapevolezza: «Non siamo agenti newtoniani, isolati e unici, come una sorta di Robinson Crusoe su un'isola. Piuttosto, siamo organismi informazionali (*inforg*), reciprocamente connessi e parte di un ambiente informazionale (l'infosfera), che condividiamo con altri agenti informazionali, naturali o artificiali, che processano informazioni in modo logico e autonomo»[17].

Sul piano delle conseguenze politiche si assiste all'allontanamento dall'ordine disegnato dalla pace di Vestfalia – dove lo spazio fisico e giuridico coincidono e sono sottoposti al governo del potere statale – a favore di quello di Bretton Woods[18], dove attori non governativi sono riconosciuti come forze di influenza politica ed economica. Le ricadute specifiche nel nuovo ordine informazionale sono rappresentate dall'emersione di un nuovo soggetto, le *Information and Communication Technology* (da ora in avanti ICT), che mina il ruolo esclusivo dello Stato di collettore, produttore e controllore degli «strumenti tecnologici coinvolti nel ciclo di vita dell'informazione, i quali includono l'istruzione, il censo, le tasse, i dati raccolti dalla polizia, le leggi scritte, la stampa, i servizi segreti»[19]. Più criticamente i sociologi parlano di un nuovo capitalismo, che ha trovato il suo *habitat* nelle politiche neoliberiste e che si alimenta dei nostri comportamenti trasformati in dati. Si tratta del cd. «capitalismo della sorveglianza», che opera sfruttando l'asimmetria della conoscenza e del potere tra gli utenti e le *big tech*: «I capitalisti della sorveglianza […] Accumulano un'infinità di nuove conoscenze *da noi*, ma non *per noi*»[20].

---

[15] U. Allegretti, *Costituzione e diritti cosmopolitici,* in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, Diritti, Costituzione*, Bologna, 1997, spec. 144; M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, 168 ss.; C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, 108 ss.; Id., *Immigrazione e crisi pandemica: quali implicazioni*, in *PasSaggi costituzionali*, 2, 2022, 266; G. Bucci, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, 393 ss.; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 108 ss.; V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino,* in *Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, 2010, *passim*; A. Ruggeri, *I diritti dei non cittadini. Tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, 2016, 31 ss.; P. Bonetti, *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, 3, 2020, 19 ss.; E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, 19.

[16] N. Bobbio, *Libertà ed eguaglianza*, Torino, 1995, *passim*.

[17] L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it., Raffello Cortina Editore, Milano, 2017, 106.

[18] *Ibidem*, cap. 8, *Politica. La nascita sei sistemi multi-agente*, spec. 197 ss.

[19] *Ibidem*, 198.

[20] S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., Luiss University Press, 2019, 23.

Eppure, le ICTs svolgono un ruolo per noi essenziale: mettere in comunicazione gli utenti e i sistemi computazionali, con una capacità di immagazzinare dati senza precedenti. Il numero di dati che quotidianamente viene generato dall'umanità e dalle nuove tecnologie è tale che si è coniato un nuovo termine per descrivere lo «tsunami [di dati] che sta sommergendo il nostro ambiente»[21]: lo *zettabyte*. Senza le ICTs ne verremmo sommersi, a questa complessità se ne aggiungono almeno altre due: le ICTs di ultima generazione non si pongono più tra uomo e natura, né tra uomo e tecnologia, bensì possono interagire autonomamente con altre tecnologie. Ciò significa che l'uomo è fuori dal processo comunicativo di dati[22]. Allo stesso tempo, l'acquisizione di più dati rientra tra le tecniche di riduzione dei pregiudizi (*debiasing*) volte a costruire sistemi algoritmici più accurati[23].

Se sul piano filosofico tale stato di cose induce a parlare di un nuovo ordine alla ricerca di un diverso equilibrio[24], sul piano costituzionale la dottrina è più prudente nell'attribuire alla nuova categoria valenza tecnico-giuridica.

Nel dibattito sul costituzionalismo digitale infatti c'è chi ritiene che il rapporto tra potere pubblico e operatori privati assuma caratteri inediti, per cui i soggetti privati non sono più solamente attori economici, bensì poteri in senso stretto, come mostra l'attenzione regolativa dell'Unione europea al fenomeno[25].

Il rischio, tuttavia, è di confondere causa ed effetto, mentre appare forse più utile distinguere il fenomeno dall'epifenomeno, collocando i poteri digitali tra le manifestazioni collaterali originatesi dal potere pubblico[26]. Diversa, infatti, è la questione su come i poteri digitali abbiano potuto acquisire il ruolo di *gatekeepers* dello spazio digitale a partire dalla cd.

---

[21] L. Floridi, Op. cit., 13.

[22] *Ibidem*, 36.

[23] I. Bartoletti, R. Xenidis, *Study on the impact of artificial intelligence systems, their potential for promoting equality, including gender equality, and the risks they may cause in relation to non-discrimination*, Council of Europe, 2023, 33.

[24] L. Floridi, op cit., 202.

[25] Si vedano le posizioni di O. Pollicino, (vice) *Potere digitale*, in *Enc. Dir., I tematici*, vol. V, 2023, 410 ss., il quale individua tale trasformazione in due processi: l'attivismo della Corte di giustizia sul riconoscimento degli effetti orizzontali della Carta dei diritti fondamentali UE e l'adozione di regole procedurali tese a limitare i problemi di opacità algoritmica. V. anche Id., *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 596 ss. G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022, 64 ss., individua l'ascesa del costituzionalismo digitale nel ruolo assunto dall'Unione europea nella società algoritmica. In particolare, l'Unione con la regolazione dei servizi digitali, della protezione dei dati e nell'ambito della libertà di espressione, mira a superare talune caratteristiche dell'ambiente digitale, come la delega indiretta dei poteri delle autorità pubbliche alle piattaforme private. V. anche Id., *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2021, 41 ss.; infine si v. anche la sistematizzazione proposta da E. Celeste, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series*, 2, 2018, che vede nel costituzionalismo digitale una traslazione di quello moderno orientato alle specificità dell'ambiente digitale. Con la definizione di costituzionalismo digitale si identifica: «*the process of production of norms aiming to ensure the protection of fundamental rights and the balancing of powers within that context. In particular, I argue that, in this specific historical moment, such a process aims to produce a series of normative counteractions to address the alterations of the constitutional ecosystem generated by the advent of digital technology*» (p. 16). Infine, discute di costituzionalizzazione dei nuovi soggetti della società globalizzata G. Teubner, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, Oxford University Press, 2012, 42 ss. Più di recente anche F. Pizzetti, *Un nuovo costituzionalismo per l'UE digitale*, in *Agenda Digitale*, 9 gennaio 2024.

[26] In aperta critica alla categoria del costituzionalismo digitale: M. Luciani, *Relazione conclusiva*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2021, 7-8, che parla di un costituzionalismo senza aggettivi, condividendo altresì le ragioni di M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021, spec. 746, che ritiene fuorviante la traslazione semantica in luogo dell'applicazione fedele del costituzionalismo moderno. In particolare, egli nota che tale approccio rischia di cristallizzare il potere degli attori privati, ritenendo che questi possano assicurare una maggiore protezione dei diritti fondamentali rispetto agli attori statali, accantonando altresì la legittimazione democratica degli organi che limitano e garantiscono i diritti.

regolazione dell'opportunità[27], ossia il liberismo digitale della prima stagione di Internet[28].
Per meglio intendere invece i motivi che inducono a dubitare dell'emersione di una nuova categoria giuridica si osservino le due caratteristiche portanti del costituzionalismo, come individuate con limpidezza da uno studioso[29], ossia resistenza e partecipazione. Queste ultime esprimono da un lato la necessità di limitare il potere politico che opprime le libertà e dall'altro lato quella di condividerlo: «Il costituzionalismo difende spazi di autonomia, ma costruisce anche unità politiche. Colloca i primi dentro le seconde, e nello stesso tempo impedisce alle seconde di assorbire i primi. Un compito richiama l'altro, in modo circolare e sostanzialmente indissolubile»[30]. La perdita dell'indissolubilità che ne deriverebbe finirebbe per alterare la costituzione dei poteri (e quindi dei diritti), alimentando così il distacco tra ordine giuridico e sociale[31].

Invero sembra più utile individuare una valenza descrittiva nell'ecosistema digitale le cui specificità richiedono ulteriori meccanismi per realizzare l'aspirazione alla tutela della dignità e la limitazione dei poteri, rispetto a quelli esistenti nel mondo degli atomi[32]. In altri termini, l'espressione coglie l'alterazione del modo in cui la persona gode dei diritti fondamentali amplificandone le possibilità di esercizio e minacciando il loro stesso godimento (sia nella formula della libertà «da» che in quella della libertà «di»); l'autorità riesce a tutelare gli interessi pubblici, esercitando i suoi poteri con un tasso maggiore di rapidità e certezza, ma anche di diffusione delle decisioni *biased*[33].

---

[27] Così definita da M. Pietrangelo, *Spazio digitale e modelli di regolazione*, in *Consulta online*, 3, 2023, 938.

[28] Sulla criticabilità *self-regulation* di internet in ordine alla realizzazione del *common good* si veda G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2013, 7 ss.; O. Pollicino, *Potere digitale*, cit., 428 ss.

[29] M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in Id., *Costituzionalismo*, Bari, 2008, anche all'url: https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/anti/anti_costituzionalismo-nella-dimensione-sovranazionale_06_08.pdf, 2. Si veda N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, 1992, all'url: https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzionalismo_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/.

[30] Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 2009, rist. 2012, Prefazione.

[31] G. Azzariti, *Diritto o barbarie: Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021, spec. 96 ss.

[32] Non parlano dell'autonomia di una nuova categoria costituzionale: G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, cit., spec. 398 ss., sostiene la necessità – per l'IA impiegata dai pubblici poteri – di garantire l'*algorithm Constitutional by design*, ossia un algoritmo che assicuri il rispetto del principio di non discriminazione e che assicuri la conoscibilità del codice sorgente per evitare l'effetto *black box*. Solo così il principio di legalità troverà applicazione anche nella decisione algoritmica e può sostenere il principio di eguaglianza: «*to be fair and equal, the algorithms must be regulated, and the crucial rule is that equal situations deserve the same treatment and different situations must receive a differentiated discipline. 'Substantive equality requires more than simply equal treatment' as treating groups identically may itself produce inequalities*», 402; A. Simoncini, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal – Giornale di BioDiritto*, 16 giugno 2021, 63 ss. secondo il quale la nuova realtà fenomenica, in cui la tecnologia «non è più soltanto un 'mezzo' […], ma, sempre più spesso, è essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà» (p. 69), necessita l'intervento di un diritto costituzionale ibrido che parli alla tecnologia.

[33] La specificità delle discriminazioni algoritmiche rispetto a quelle umane è data dalla sovrapposizione di più fattori: «*Algorithmic determinism is particularly problematic in relation to discrimination as predictive systems use correlations arising from historical discrimination (e.g., the gender pay gap) as quasi 'causal' bases for decision-making, thereby creating feedback loops. At the same time, AI and algorithmic systems are often non-transparent, might not be explainable, and the attribution of responsibility for discrimination is unclear. Because the source of these biases is not ultimately technological, they cannot be resolved using technology alone*», così I. Bartoletti, R. Xenidis, op. cit., 29. Sullo stesso tema v. anche Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, 19.2.2020: «Le distorsioni e le discriminazioni rappresentano un rischio intrinseco di qualunque attività sociale od economica. Il processo decisionale umano non è immune da errori e distorsioni. Queste stesse distorsioni, se presenti nell'IA, potrebbero tuttavia avere effetti molto maggiori e colpire o discriminare numerose persone in assenza dei meccanismi di controllo sociale che disciplinano il comportamento umano. Ciò può accadere anche quando il sistema di IA 'apprende' nel corso del suo funzionamento. In tali casi, in cui i risultati non potevano essere evitati o anticipati in fase di progettazione, i rischi deriveranno non da difetti nella progettazione originale

Da questa prospettiva non ci si interrogherà dunque sulla moltiplicazione dei centri di potere e sull'efficacia orizzontale dei diritti, bensì su come mantenere l'equilibrio costituzionale nel rapporto tra migrante/richiedente asilo e pubblica autorità, quando i sistemi di IA diventano *media* che interferiscono nell'esercizio dei diritti fondamentali. La circostanza indicata evidentemente arricchisce e complica il modo in cui i principi di legalità, del giusto procedimento e processo, della tensione verso la pari dignità sociale e l'eguaglianza sostanziale, del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, dell'indipendenza e autonomia dei giudici, vivono in un contesto socio-ambientale nel quale la digitalizzazione e l'automatizzazione sono parti integranti degli strumenti dell'ordine sociale.

A tal proposito, da un lato, si accolgono gli esiti cui è giunta la dottrina in merito ai principi che dovrebbero supportare gli sviluppi della digitalizzazione: *data justice*, *algorithmic transparency* e *human oversight*[34]; dall'altro lato, si impiega cautela, perché il rapporto autorità e libertà che percorra le nuove traiettorie tracciate solamente con la regolazione «della» tecnologia rischia di trascurare le «inedite dimensioni di conflittualità che si aprono attualmente su questi terreni»[35].

Nel momento in cui si licenzia il lavoro, tale analisi è supportata dall'attenzione legislativa maturata in sede europea e nazionale sugli aspetti indicati[36].

In particolare, questo contributo vuole concentrarsi sulla prospettiva originale del *legal framework* eurounitario[37]. Quest'ultimo recepisce giuridicamente il consenso etico sui valori

---

del sistema, bensì dagli effetti pratici delle correlazioni o dei modelli che il sistema individua all'interno di un ampio set di dati».

[34] E. Longo, A. Pin, *Oltre il costituzionalismo? Nuovi principi e regole costituzionali per l'era digitale,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2023, 113-115.

[35] R. Nania, *Temi generali nello studio dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2013, 12.

[36] Con l'art. 30, d.lgs. n. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici*). La disposizione prevede che nell'ambito delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici qualora le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrano all'IA adottino misure volte a garantire la trasparenza della procedura mediante l'accesso del codice sorgente (c. 2, lett. *a)*) e a prestazioni di assistenza e manutenzione per correggere errori ed effetti indesiderati derivanti dall'automazione (lett. b). Al comma 3 sono previsti ulteriori principi da osservare per l'adozione delle decisioni: conoscibilità e comprensibilità sulla logica utilizzata (lett. a); non esclusività della decisione algoritmica (lett. b); non discriminazione algoritmica (lett. c). Ulteriori oneri sono previsti, al comma 4, in capo alla stazione appaltante in merito alle misure tecniche per evitare fattori che comportano inesattezze dei dati e la minimizzazione del rischio di errori, compresi gli effetti discriminatori. La disposizione recepisce e amplia la portata dell'art. 22, reg. UE 679/2016 e la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle decisioni algoritmiche (su cui v. L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice,* in J.-B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*. Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Napoli, Federico II, Napoli, 2023, 111 ss.). Si tratta di una disposizione che guarda al futuro sviluppo dell'IA nel procedimento amministrativo, che al momento utilizza algoritmi di non apprendimento, come specificato da Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, *Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, 49. I principi in essa presenti «mirano a delineare la cornice giuridica di un fenomeno, insieme tecnologico, economico e sociale, di cui è imminente lo sviluppo e del quale saranno rilevantissime, e per molti aspetti imprevedibili, le implicazioni, anche di carattere giuridico», così G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023, 8-9. In tema anche D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, ix.

[37] Come dimostrano: i due regolamenti sui servizi (*DSA*) e mercati digitali (*DMA*), rispettivamente reg. UE 2022/2065 e 2022/1925; la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM(2021) 762 *final*; la proposte di direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) COM(2022) 496 *final* e quella sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi COM(2022) 495 *final*. Per una lettura complessiva del *DSA*, *DMA* e *AI Act* v. L. Torchia, *I poteri di vigilanza,*

del Libro bianco del 2020[38] e che si struttura intorno al punto di equilibrio tra tutela dei diritti e mercato dell'innovazione attraverso il *risk management approach*, «come modello giuridico *tout-court* nel quale i valori dell'Unione rappresentano il limite di tenuta del sistema al quale istituzioni e individui riferiscono la propria identità 'europea'»[39].
In tal senso può quindi affermarsi che le componenti del costituzionalismo si stiano adattando alla sfida del presente, incorporando nel suo *ethos* attuale, opportunamente aggiornato «l'istanza originaria di controllo del potere» e «anche ed ulteriormente il limite allo strapotere dell'economico»[40].

3. Il (futuro) regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: opportunità e limiti. La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale segue un approccio proporzionato, basato sulla gestione dei rischi e costituito da un processo interattivo continuo eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA. L'*AI Act* introduce a tal proposito non solo un sistema di gestione dei rischi nel corso di tale ciclo nella sua interezza (art. 9), ma anche un meccanismo della responsabilizzazione lungo la catena di valore tra fornitori, distributori, importatori, operatori o altri terzi (art. 25). Tale attenzione «dinamica» ai sistemi di IA è costruita per differenza rispetto al quadro giuridico sulla sicurezza dei prodotti che rimangono «stabili» nel tempo dopo la distribuzione nel mercato[41].
Il modello legislativo scelto si ispira sia all'approccio di mitigazione del rischio *by design* del regolamento sulla protezione dei dati personali, sia alle regole sulla sicurezza dei prodotti.
Il punto di partenza è dato dalla base legislativa dell'atto: l'art. 114 del TFUE. Disposizione che consente all'Unione di armonizzare applicazioni eterogenee riguardanti i requisiti tecnici dei sistemi di IA, che compromettono il buon funzionamento del mercato interno, viste la complessità tecnica, la varietà dei prodotti e dei servizi interconnessi, nonché la moltitudine di attori privati e pubblici (v. il caso CGUE, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. European Parliament and Council of the European Union*, C-217/04, par. 63).
Allo stato attuale, la disarmonia normativa è stata una delle cause della frammentazione del mercato con plurimi effetti negativi, poiché l'assenza di standard di sicurezza comuni e di *clear red lines* si riflette a cascata i) sulle imprese più piccole, che non possono sopportare i costi derivanti dalla presenza in mercati differenti, ii) sull'Unione europea, che non riesce a trovare un proprio spazio di sovranità digitale, e, infine, iii) sugli attori statali e sui cittadini, che faticano a costruire un rapporto di fiducia con i sistemi di IA.
L'atto europeo cerca quindi di trovare un punto di equilibrio tra quattro esigenze: assicurare che l'IA immessa sul mercato sia sicura per la tenuta dei valori e dei diritti fondamentali; dotare il sistema di una chiara *governance* delle istituzioni europee e nazionali per garantire la *compliance*; favorire gli investimenti nell'innovazione tecnologica tramite la certezza del diritto; sviluppare il mercato unico europeo.
Come anticipato, tale complessa scelta è individuata in una normativa di carattere

controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1101 ss.

[38] Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 *final*.

[39] M. Catanzariti, *Rischio e vulnerabilità nel modello europeo di intelligenza artificiale*, in *Società Mutamento Politica*, 25, 2022, 74.

[40] S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2012, 27, che così si riferisce alle radici antiche del costituzionalismo moderno da consegnare alle sfide del futuro.

[41] Commission Staff Working Document Impact Assessment, *Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, {COM(2021) 206 final} - {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 85 final}.

precauzionale, che si applica in ragione del rischio e in modo orizzontale a tutti i rami del diritto.

Definito l'approccio, il futuro regolamento individua quali siano i sistemi di IA a cui esso si rivolge attraverso la definizione giuridica contenuta nell'art. 3. L'IA è, dunque, un «sistema basato su macchine, progettato per operare con vari livelli di autonomia e che può mostrare un'adattabilità dopo l'implementazione, e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce, dall'input che riceve, come generare output quali contenuti, previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali»[42]. Una definizione che si connota per la presa di consapevolezza che i risultati della macchina non necessariamente coincidono con gli *input* e gli obiettivi umani, oltre che per una valutazione dell'impatto ambientale che va oltre l'antropocentrismo[43].

Il cuore del regolamento è costituito dalla categorizzazione dei sistemi di IA e quindi dalla modulazione delle regole in esso previste, a seconda del grado di rischio. Per tale motivo, sono vietati i sistemi di IA particolarmente dannosi (art. 5), in quanto in contrasto con la protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali (art. 1), mentre è stabilita una metodologia per identificare i sistemi di IA «ad alto rischio» (art. 6 e all. III), verso cui è diretto il fitto corpo di regole riguardanti i dati, la documentazione e la tracciabilità, la fornitura di informazioni e la trasparenza, la sorveglianza umana nonché la robustezza e la precisione (artt. 10-15). Per quei sistemi che invece non rientrano nelle categorie precedenti si mira alla creazione di codici di condotta, per incoraggiare i fornitori ad applicare volontariamente i requisiti obbligatori previsti per i sistemi di IA ad alto rischio. Infine, sono previsti obblighi minimi di trasparenza (art. 50) per le IA non ad alto rischio, ma che sono destinate a interagire autonomamente con le persone; per i sistemi di identificazione biometrica e di riconoscimento delle emozioni non rientranti nei precedenti artt. 5 e 6; nonché per le IA che producono *deep fake* e quelle generative. Infine, nel corso dei lavori legislativi, proprio la diffusione dell'IA generativa ha portato ad una ulteriore categorizzazione con obblighi *ad hoc*, a metà strada tra quelli previsti agli artt. 10-15 e quelli individuati all'art. 50, per i sistemi di *General-purpose artificial intelligence technologies* (artt. 51 ss.).

Il quadro della categorizzazione del rischio diversifica non solo diritti e doveri, ma anche il relativo sistema di controlli *ex ante* (artt. 27 e 43) ed *ex post* (Capo IX), nonché quello dell'efficacia delle attività svolte dall'*AI Board* e dall'Autorità nazionale di vigilanza (art. 66 e 70) e della reclamabilità delle decisioni dell'autorità nazionale di controllo (artt. 85 e 86). Infatti, il regolamento è rivolto principalmente ai sistemi individuati dall'art. 6 e dall'All. III, per cui le IA con rischio basso sono perlopiù libere dai vincoli indicati, mentre per quelle ad alto rischio i fornitori devono ridurne l'impatto verso la soglia di accettabilità (che non significa azzeramento del rischio), adottando misure in grado di assolvere agli obblighi dell'*AI Act*[44].

---

[42] Si noti la differenza con la versione elaborata dalla Commissione, che allo stesso articolo definisce così l'IA: come un software che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono. L'attuale versione differisce parzialmente anche da quella elaborata dal Parlamento europeo a giungo 2023, che invece recitava: «un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare output quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali». Il testo attuale ingloba anche i sistemi basati su macchine, come i robot, e pone l'accento sulle trasformazioni del sistema una volta uscito dalle mani del fornitore.

[43] Riflette sull'opportunità di una definizione orientata all'ambiente digitale L. Floridi, *On the Brussels-Washington Consensus About the Legal Definition of Artificial Intelligence*, in *Philosophy & Technology*, 2023, 86 ss.

[44] J. Schuett, op. cit., 4.

L'impianto generale dell'atto[45] risulta *prima facie* in linea – almeno per le IA ad alto rischio – con i tre principi individuati nel precedente paragrafo, ossia con la previsione di disposizioni *ad hoc* sui dati e una loro *governance* (art. 10), la trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti (art. 13) e la sorveglianza umana (art. 14). Allo stesso tempo si segnala un arretramento rispetto all'avanzamento sul piano dei valori e della difesa dei diritti, che il Parlamento aveva realizzato con gli emendamenti del giugno 2023 (a titolo di esempio si considerino la riformulazione di alcuni articoli chiave, come il 6 e il 27; l'eliminazione diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo contro un'autorità nazionale di controllo e le modifiche della *governance*).

Rispetto a tale assetto emergono almeno due tipi di ostacoli su cui l'*AI Act* non interviene nello spirito dello *human in/on/out of the loop* e che, per motivi differenti, generano incertezze sull'affidabilità delle macchine costruite in adesione alle previsioni del futuro regolamento.

Il primo è quello relativo all'esistenza di un problema epistemologico – cioè della conoscenza tecnologica – che non può essere adeguatamente affrontato con le soluzioni giuridiche individuate. È il caso di quei sistemi di apprendimento automatico come quelli di *deep learning* con reti neurali che possono evolvere in seguito alla loro diffusione, con funzione e *output* che si basano su relazioni matematiche astratte, per i quali inoltre gli *input* specifici sono difficili da rintracciare per risalire alla catena di causalità. Ciò posto, tali sistemi risultano di difficile comprensione da parte dell'uomo; dunque, è impossibile svolgere l'attività di sorveglianza umana. Tali caratteristiche complesse e opache incidono sulla rendicontabilità e sulla spiegabilità del risultato algoritmico. In altri termini, le indicazioni sulla trasparenza e sulla supervisione umana, di cui rispettivamente negli artt. 13 e 14, perderebbero la loro efficacia garantistica, che non è recuperabile neppure tramite l'accesso al codice sorgente[46]. Il difetto di trasparenza si rifletterebbe infatti a sua volta sulla concretezza della supervisione umana e della spiegabilità dell'*output* (art. 86). Tale catena di incomprensibilità incide fatalmente sulla garanzia della sottoposizione alla legge del potere esecutivo e giudiziario, come è previsto agli artt. 97[47] e 111 Cost.[48]. È lecito dunque chiedersi come potrebbe l'autorità nazionale di vigilanza o quella giudiziaria risolvere *ex post* lo scarto tra

[45] Si vedano i commenti di M.E. *Kaminski, Regulating the Risks of AI*, in *U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 22-21*, 1 ss.; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 415 ss. ; F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *dUE*, 3-4, 2021, 453 ss.; G. De Gregorio, P. Dunn, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots In The Digital Age*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, 473 ss.; S. Heiss, *Artificial Intelligence Meets European Union Law The EU Proposals of April 2021 and October 2020*, in *EuCML*, 6, 2021, 252 ss.; J. Schuett, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 1-19; A. Lucarelli, *Audizione XI Commissione Lavoro pubblico e privato*, 20 dicembre 2023, all'url: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/009/840/Lucarelli.pdf ; A. Alaimo, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi.it*, 25, 2023, 133 ss.; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2023, 515 ss.; C. Novelli, *L'Artificial Intelligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione*, in *Federalismi.it*, 2, 2024, 95 ss.

[46] La cd. apertura della *black box* di cui parla F. Pasquale, *The black box society. The secret Algorithms that control money and information*, Harvard, 2016, 40. Soluzione espressa nella giurisprudenza amministrativa italiana e altresì accolta nel riformato codice dei contratti all'art. 30 (v. nt. 36) e presente anche nella proposta di regolamento della Commissione all'art. 64. Tale disposizione è stata poi emendata dal Parlamento europeo e attualmente espunta dall'articolo.

[47] Significativo è il filone della giurisprudenza amministrativa italiana che si è sviluppato a partire dal Consiglio di Stato, n. 2270/2019: «la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo» (par. 8.4).

[48] Sulla trasparenza e sulla motivazione come garanzie costituzionali C. Colapietro, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 5, 2023, 158.

comprensibilità della tecnica e quella umana.
L'art. 86, pur affermando il diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali, non indica quali saranno le conseguenze giuridiche della decisione *in*comprensibile. Ad ogni modo, la presenza di *outputs* oscuri genera due opposti esiti negativi: la disutilità di ricorrere all'IA da parte dei pubblici poteri, perché il supporto offerto dalla macchina, in quanto opaco e non sorvegliabile, sarebbe inutilizzabile; o, all'opposto, il rischio di una resa dell'autorità terza all'imperscrutabilità della macchina, creando così una zona tecnologica franca dal principio di legalità e dal contrappeso giudiziario. Tali esiti, a ben vedere, finirebbero per rovesciare i due paradigmi che il regolamento cerca di realizzare, vale a dire la certezza del diritto e la fiducia nell'IA.
L'opacità algoritmica non rientra tuttavia tra le ipotesi di sistemi di IA vietati, con la conseguenza che la decisione finale sarà a sua volta fisiologicamente oscura, con intuibili ricadute sulla tutela delle libertà che l'IA dovrebbe invece contribuire a realizzare.
Sul piano tecnico sono stati segnalati gli attuali limiti dell'*explainable AI,* ossia quelle tecniche di spiegabilità successiva che mirano a rendere comprensibile la relazione *input-output* dell'algoritmo. Esse in realtà restano approssimazioni imperfette che descrivono *ex post* il modello decisionale. Gli algoritmi migliorano la propria efficacia diventando più autonomi e complessi, ma proprio l'aumento di tali due caratteristiche compromette la completezza e l'accuratezza della spiegabilità della logica interna del sistema[49].
L'art. 13 non utilizza il termine spiegabilità bensì la «sufficiente trasparenza» che garantisca al *deployer* la interpetabilità dell'*output*. Diversamente l'art. 86, similmente all'art. 22, par. 3, reg. 679/2016[50], stabilisce che qualsiasi persona interessata ha diritto di ricevere dal *deployer* spiegazioni chiare e significative sul ruolo dell'IA nella procedura decisionale. Si tratta quindi di obblighi dal diverso contenuto e destinatario, la cui portata prescrittiva potrebbe non coincidere con le tecniche di *explainable AI* (del resto il regolamento non vi si riferisce espressamente).
In realtà dal regolamento emergono differenti significati di trasparenza[51], che rispecchiano tutto sommato l'assenza di una tassonomia comune delle tecniche informatiche. Secondo alcuni non vi è distinzione tra spiegabilità e interpretabilità, ma correlazione ossia un rapporto mezzo-risultato: le spiegazioni sono lo strumento che consentono l'interpretazione del risultato[52]. L'assenza di un linguaggio comune finisce così per avere conseguenze negative sul piano della certezza giuridica.
Il secondo limite del futuro regolamento riguarda invece la democraticità nella definizione di tutti i suoi articoli. In particolare, nell'AI Act la concreta individuazione di standard armonizzati, il cui rispetto garantisce l'accesso alla certificazione di conformità con i requisiti del suo titolo III, quindi l'immissione sul mercato interno, è posta fuori della procedura

[49] C. Panigutti *et al.*, *The role of explainable AI in the context of the AI Act*, in *FAccT '23*, June 12–15, 2023, 1143 e ivi per l'identificazione degli ostacoli. Sul trade-off tra performance algoritmica e spiegabilità T. Tzimas, *Algorithmic Transparency and Explainability under EU Law*, in *European Public Law*, 4, 2023, spec. 393.
[50] In chiave prospettica dovrà tenersi in considerazione quanto affermato nel caso *Ligue des droits humains* (causa C-817/19) dalla Corte di giustizia: «le autorità competenti devono assicurarsi che l'interessato, senza necessariamente consentirgli, nel corso del procedimento amministrativo, di avere conoscenza dei criteri di valutazione prestabiliti e dei programmi che applicano tali criteri, sia in grado di comprendere il funzionamento di tali criteri e di tali programmi, in modo da poter decidere, con piena cognizione di causa, se esercitare o meno il suo diritto a un ricorso giurisdizionale garantito dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva PNR, al fine di contestare, se del caso, il carattere illecito e, in particolare, discriminatorio di detti criteri» (p. 210).
[51] Interessante la ricostruzione di quattro diversi significati di trasparenza nell'AI Act proposta da A. Kiseleva, *Making Ai's transparency transparent: notes on the EU Proposal for the AI Act*, in *European Law Blog*, 29.7.2021.
[52] In tema A. Kiseleva, D. Kotzinos, P. De Hert, *Transparency of AI in Healthcare as a Multilayered System of Accountabilities: Between Legal Requirements and Technical Limitations*, in *Front. Artif. Intell*, 5, 2022, 6.

legislativa in corso. L'art. 40 aderisce alla normativa europea sulla sicurezza dei prodotti del *New Legislative Framework* (NLF), per cui mentre il Regolamento ha stabilito quali obiettivi raggiungere, le *European Standards Organisations* «*define how to reach them*»[53].
La richiesta di normazione rivolta a tali organizzazioni riguarda aspetti essenziali, come la gestione del rischio nell'intero ciclo di vita dell'IA, i dati e la loro *governance*, le attività legate a robustezza, la trasparenza e la sorveglianza umana, fino alle competenze che deve possedere chi si occupa della valutazione della conformità[54].
A ciò si aggiunge che come per la NLF si ritiene più opportuno che l'attività di certificazione sia svolta dallo stesso manifattore del prodotto – nel nostro caso il *provider* – anziché procedere con il rilascio di una certificazione di un ente pubblico[55].
Attraverso siffatto sistema, il «vero ruolo nomotetico»[56] finisce per essere affidato agli standard armonizzati. Saranno questi ultimi a stabilire in concreto il livello di accettabilità del rischio delle macchine, spostando fuori del circuito democratico aspetti cruciali dell'intero impianto dell'AI Act.
Preoccupazioni simili, seppure in un diverso contesto, sono già emerse rispetto agli atti normativi dal contenuto tecnico-scientifico[57] (*science based* o *science related*) nell'emergenza pandemica. Per essi la regola di comportamento è stata individuata in un ambito extra-giuridico, limitando lo spazio di discrezionalità del bilanciamento del legislatore e il metabilanciamento della Corte costituzionale[58]. La dottrina aveva peraltro messo in luce la necessità che i Comitati tecnico-scientifici garantissero indipendenza e trasparenza dai portatori di interessi e dalla politica[59].
Mutatis mutandis, non si può che nutrire lo stesso timore a carico delle organizzazioni europee suddette, che difettano dei presupposti agli artt. 11 e 117, co. 1 Cost. e oltretutto svolgeranno

[53] M. Gornet, *The European approach to regulating AI through technical standards*, 2023, 3. Cfr. il testo anche per approfondire la natura di tali organizzazioni. In tema anche G. Mazzini, S. Scalzo, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts*, in C. Camardi (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche - Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, Padova, 2023, disponibile anche su SSRN: https://ssrn.com/abstract=4098809 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4098809.
[54] *Draft standardisation request to the European Standardisation Organisations in support of safe and trustworthy artificial intelligence*, 5/12/2022.
[55] M. Veale, F. Zuiderveen Borgesius, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 4, 2021, 102; in tema si veda la proposta di inserire un sistema di licenze prima dell'immissione dell'IA sul mercato di G. Malgieri, F. Pasquale, *Licensing high-risk artificial intelligence: Toward ex ante justification for a disruptive technology*, in *Computer Law & Security Review*, 2024, 11 ss.
[56] Così G. Resta, *Cosa c'è di "europeo" nel Regolamento AI?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, 341; e M. Veale, F. Zuiderveen Borgesius, op. cit., 105, scrivono: «*In theory, providers do not have to follow such harmonised standards. Instead, providers could interpret the Draft AI Act's essential requirements for themselves. This is easier said than done. Harmonised standards are both cheaper for producers, and a safer bet. They are not as voluntary as the Commission argues. Essential requirements are often not realistically suitable for direct application. Harmonised standards often function as a necessary point of reference for compliance through essential requirements. In the Draft AI Act, the requirement to consult harmonised standards is explicit. Consequently, standardisation is arguably where the real rule-making in the Draft AI Act will occur*».
[57] Per un approfondimento A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. 10 ss.; S. Penasa, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3307 ss.
[58] In tema cfr. R. Bin, *La Corte e la scienza*, in *http://www.robertobin.it/ARTICOLI/cortescienza.htm*, che parla di *self restraint* della Corte dinanzi a fatti e dati scientifici.
[59] A. Iannuzzi, *Leggi* "science driven" *e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, special issue 1, 2020, 133 e Id., *Il diritto capovolto*, cit., 173 ss.; In generale sul rapporto tra scienza e diritto E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, spec. 18-21,

un compito che non è né neutrale[60], né meramente esecutivo. All'opposto, l'identificazione privatistica degli standard armonizzati determinerà il concreto all'equilibrio tra innovazione, tutela dei diritti fondamentali e sfruttamento economico degli algoritmi.

3.1. (segue) La categorizzazione del rischio dell'IA per le politiche migratorie. Per ciò che concerne il *focus* tematico di questo scritto è utile in premessa identificare le IA attualmente in uso nel controllo e nella sicurezza delle frontiere. Si tratta di sistemi rivolti all'identificazione biometrica; al rilevamento delle emozioni; alla valutazione algoritmica del rischio; alla previsione dei movimenti di immigrazione[61]. Tali attività corrispondono alle diverse fasi in cui il migrante, il richiedente asilo o il rifugiato attraversa la frontiera; infatti le suddette IA svolgono compiti che vanno dai controlli d'identità prima della partenza, al supporto per la presentazione e l'elaborazione delle domande di visto, al miglioramento delle procedure di frontiera, all'analisi dei dati per il rilascio dei visti, nonché alla previsione delle tendenze migratorie.

Alla luce delle opportunità e dei rischi connessi all'utilizzo dell'intelligenza artificiale alle frontiere[62], si può osservare in quale modo il futuro regolamento sull'intelligenza artificiale salvaguardi le prime e mitighi i secondi.

A questo scopo occorre partire dalla categorizzazione delle azioni connesse ai fenomeni migratori, distinguendo quanto stabilito nella *Proposta* di aprile 2021, dai successivi mutamenti intervenuti con gli emendamenti approvati dal Parlamento europeo a giugno 2023 e il testo finale adottato dal Parlamento europeo e Consiglio UE, rispettivamente, il 13 marzo e 21 maggio 2024.

Sin da subito va evidenziato che la parte del regolamento relativa al sistema dei controlli *ex ante* ed *ex post* non è stata emendata in modo significativo. L'art. 43 disciplina lo svolgimento e le competenze della procedura di *audit*, per la verifica del rispetto delle norme armonizzate sulla sicurezza dei prodotti e dei requisiti del capo II del regolamento stesso. Il procedimento distingue le ipotesi di un controllo interno da uno esterno affidato a un organismo notificato. In ragione dell'attuale esperienza dei certificatori professionali limitata alla sicurezza dei prodotti, per le IA non collegate ai prodotti di regola la valutazione di conformità è operata dallo stesso fornitore. Diversamente l'atto specifica che quando il sistema è destinato ad essere messo al servizio dalle autorità in materia di immigrazione o di asilo l'attività di *audit* dovrà essere svolta dall'autorità di vigilanza del mercato. Vi sono poi altre due elementi che meritano di essere segnalati: la registrazione nella banca dati UE per i sistemi di IA ad alto rischio in questo settore (nello specifico poligrafi; sistemi che valutano rischio di immigrazione irregolare e sistemi che assistono le autorità pubbliche nella nell'esame delle domande di asilo, di visto o di permesso di soggiorno e per i relativi reclami) avviene in una sezione non pubblica sicura e comprende solo alcune informazioni; la designazione del

[60] A tal proposito utile è ricordare che «con l'affermarsi delle democrazie conflittuali del Novecento la tecnica finisce per assumere un carattere strumentale perdendo l'aurea della sua piena razionalità», così G. Azzariti, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa". Como, 20 novembre 2015*, Napoli, 2016, 120.

[61] C. Dumbrava, *Artificial intelligence at EU borders. Overview of applications and key issues*, European Parliamentary Research Service, 2022.

[62] A. Szwed, *The use of artificial intelligence in migration-related procedures in the European Union - opportunities and threats. The use of artificial intelligence in migration-related pro*, in *Procedia Computer Science*, 207 (2022), 3639 ss; H. Beirens, *Rebooting the Asylum System? The Role of Digital Tools in International Protection*, Migration Policy Institute, 2022, all'url: https://www.bosch-stiftung.de/sites/default/files/publications/pdf/2022-11/mpi_digitalization-asylum_final.pdf; M. Forti, *AI-driven migration management procedures: fundamental rights issues and regulatory answers*, in *BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 433 ss.

Garante per la protezione dei dati personali come autorità di vigilanza del mercato (art. 74, par. 8). Entrambe le disposizioni costituiscono delle eccezioni al sistema di registrazione e di *governance* come disegnato, rispettivamente, agli artt. 49 e 70 del regolamento.
Andando alla categorizzazione del rischio, il regolamento premette che le persone migranti si trovano spesso in una posizione particolarmente vulnerabile e il loro futuro dipende dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti (cons. 60). Così, nella *Proposta* formulata ad aprile 2021, l'AI Act ha classificato come ad alto rischio i sistemi di IA impiegati nei settori dell'immigrazione e dell'asilo. Nessuno dei sistemi, nella prima formulazione della *Proposta*, era considerato a rischio inaccettabile, mentre nell'alto rischio rientravano (par. 7 dell'allegato III):
a) i poligrafi e gli strumenti analoghi, per rilevare lo stato emotivo di una persona fisica;
b) i sistemi per valutare un rischio per la sicurezza, l'immigrazione irregolare e la salute, di chi intende entrare o ha già fatto ingresso nel territorio di uno Stato membro;
c) i sistemi di verifica dell'autenticità dei documenti di viaggio e dei documenti giustificativi delle persone fisiche e per individuare i documenti non autentici mediante il controllo delle caratteristiche di sicurezza;
d) i sistemi di IA destinati ad assistere l'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami.
In seguito agli emendamenti del Parlamento, il quadro dei rischi possibili ha subito tre importanti cambiamenti, il primo dei quali ha riguardato specificamente l'immigrazione, mentre gli altri due hanno verosimilmente ricadute in tale ambito: 1) il passaggio dei sistemi di rilevamento delle emozioni nella gestione delle frontiere dall'alto rischio al divieto (art. 5, par. 1, lett. *d-quater)*; 2) la soppressione delle eccezioni al divieto di identificazione biometrica da remoto in tempo reale in spazi accessibili al pubblico, per le ipotesi della prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico (art. 5, par. 1, lett. *d-ii)*; 3) il divieto dell'analisi di filmati registrati di spazi accessibili al pubblico attraverso sistemi di identificazione biometrica remota «a posteriori», salvo la previa autorizzazione giudiziaria (art. 5, par. 1, lett. *d-quinquies*).
Tra le ipotesi di IA ad alto rischio sono state aggiunte nell'allegato III, punto 7, lett. *d-bis* e *ter* i sistemi impiegati per monitorare, sorvegliare o elaborare dati nel contesto delle attività di gestione delle frontiere allo scopo di individuare, riconoscere o identificare persone fisiche; infine, quelli per prevedere o anticipare le tendenze relative ai movimenti migratori e all'attraversamento delle frontiere.
Tale schematizzazione ha ricevuto nuovi emendamenti a seguito dall'accordo raggiunto il 9 dicembre 2023. In particolare, si nota l'eliminazione: del divieto di usare sistemi di riconoscimento emotivo alle frontiere[63]; del divieto assoluto dei sistemi di IA di riconoscimento e identificazione biometrica «in tempo reale» e «a posteriori» negli spazi accessibili al pubblico; del divieto di categorizzazione biometrica; dei sistemi per la verifica dell'autenticità dei documenti di viaggio e rilevamento di documenti non autentici, controllandone le caratteristiche di sicurezza dall'elenco delle IA ad alto rischio. Inoltre, i fornitori dei sistemi ad alto rischio potranno adottare la cd. *filter provision* (art. 6, par. *2-bis*), auto-dichiarando che la macchina non costituisce un rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali, quando il sistema di IA sia destinato a svolgere un compito procedurale ristretto; o a non modificare la valutazione umana; o a svolgere compiti

[63] European Parliament, *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, Press Releases IMCO LIBE, 9-12-2023; Council of the EU, *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*, Press release, 9-12-2023; European Commission, *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*, Press release, 9-12-2023.

preparatori. Un intervento modificatore che aprirà il varco alla fuga dei sistemi dal cd. rischio ridotto con facili esiti elusivi degli artt. 10-15 dell'*AI Act*[64]. A ciò si aggiunge l'eliminazione della garanzia prevista per i sistemi di IA ad alto rischio nell'ultimo paragrafo dell'art. 14 sul controllo umano, che predispone una doppia verifica dell'*output*: precisamente nessuna azione o decisione è presa dall'utente-impiegato sulla base dell'*output*, a meno che questa non sia stata verificata e confermata separatamente da almeno due persone fisiche dotate della necessaria competenza, formazione e autorità. La doppia verifica è stata espunta per le IA ad alto rischio utilizzate a fini di applicazione della legge, migrazione, controllo delle frontiere o asilo, nei casi in cui il diritto dell'Unione o nazionale ritenga sproporzionata l'applicazione di tale requisito.

Quanto ai sistemi ad alto rischio sono rimaste inalterate le ipotesi elencate alle lett. *a)* e *b)* e *d)*. Dall'elenco sono state espunte quei sistemi introdotti dagli emendamenti del Parlamento europeo; sono stati invece aggiunti i sistemi di IA destinati a essere usati al fine di individuare, riconoscere o identificare persone fisiche, a eccezione della verifica dei documenti di viaggio.
Dopo avere descritta la modalità con cui l'atto europeo intende affrontare i rischi connessi ai fenomeni migratori, è utile soffermarsi su due profili critici[65].
Il primo riguarda la categorizzazione del rischio: nonostante sia lo stesso considerando 60 dell'*AI Act* a porre l'accento sulla necessità che nel contesto migratorio siano adoperati sistemi di IA che garantiscano l'accuratezza, la natura non discriminatoria e la trasparenza dei risultati, molti sistemi in uso verrebbero in realtà lasciati fuori dell'impianto precauzionale (*infra* par. 2). Tra di essi[66], temporaneamente fino al 2030, le componenti IA dei sistemi di gestione sistemi informatici integrati su larga scala, con ritardo all'adattamento di quattro anni di ritardo rispetto agli altri sistemi ad alto rischio. Si tratta invero di un settore denso di ricadute sui diritti connessi alla protezione dei dati personali, visto che il sistema di interoperabilità – costruito dai regolamenti 817/2019 e 818/2019 – pone sistematicamente sotto stress il principio della limitazione delle finalità del trattamento dei dati (art. 5, lett. *b)*, reg. 679/2016). Basti considerare che l'agenzia Europea competente, EU-Lisa, ha la gestione operativa del sistema d'informazione Schengen, del sistema di informazione visti e del sistema europeo per il confronto delle impronte digitali dei richiedenti asilo, che contribuiscono alla sicurezza dello spazio Schengen[67].
Fuori dall'area dell'alto rischio sono i sistemi predittivi dei movimenti di immigrazione e quelli di sorveglianza delle frontiere, nonostante i rischi significativi connessi ai danni ai diritti fondamentali siano altamente probabili e gravi. A tal proposito, si pensi che i sistemi predittivi dei flussi migratori possono suggerire alle istituzioni nazionali ed europee competenti l'attivazione di strumenti emergenziali nella gestione di afflussi massicci di cittadini stranieri; mentre i sistemi di sorveglianza possono supportare pratiche illegittime come quelle delle espulsioni collettive e la violazione del principio di non respingimento.

---

[64] P. Friedl, G. Gil Gasiola, *Examining the EU's Artificial Intelligence Act*, in *Verfassungsblog*, 7 febbraio 2024.
[65] In tema, N. Vavoula, *Unpacking The Eu Proposal For An Ai Act: Implications For Ai Systems Used In The Context Of Migration, Asylum And Border Control Management*, in *TPQ*, 4, 2022, 119 ss; EDRI, *Uses of AI in migration and border control: A fundamental rights approach to the Artificial Intelligence Act*, 2022, in https://edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration_2-pager-02052022-for-online.pdf.
[66] Per un'analisi approfondita J. Kilpatrick, C. Jones, *A clear and present danger. Missing safeguards on migration and asylum in the EU's AI Act*, Statewatch, May 2022 e N. Vavoula, *Tr-Ai-Nsforming Migration, Asylum and Border Management in the EU: The Roles of the Ai Act, Interoperable Large-Scale it Systems and EU Migration Agencies,* 2024, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=4765470 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4765470.
[67] In tema European Data Protection Supervisior, *Opinion 44/2023 on the Proposal for Artificial Intelligence Act in the light of legislative developments*, 23 ottobre 2023, 8-9.

Simili problematicità riguardano anche IA come Centaur[68], un sistema digitale integrato di gestione della sicurezza e l'impiego di algoritmi per l'analisi del comportamento, adoperati nelle isole dell'egeo nelle aree *hotspot*.
Le esclusioni qui brevemente ripercorse sono criticabili se confrontate con gli artt. 1 e 7 dell'*AI Act*, nei quali si specifica che l'IA è da classificare ad alto rischio quando possa impattare negativamente sui diritti fondamentali.
Recentemente la Corte di giustizia ha chiarito che le limitazioni nel trattamento dei dati, seppure si svolgano nel rispetto del principio di legalità e proporzionalità «comportano ingerenze nei diritti fondamentali garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]»[69]. Da ciò ne dovrebbe allora derivare un'indicazione di metodo per il legislatore europeo: tutti quei sistemi che adoperano dati biometrici e personali eccedendo quanto indicato nei principi dell'art. 5, reg. 679/2016, dovrebbero per ciò solo rientrare nell'allegato III.
Quanto appena indicato mette in luce un uso poco attento della categoria dei diritti fondamentali all'interno dell'*AI Act*. Accogliendo la nozione di «fondamentalità» secondo un'accezione di gerarchia materiale e assiologica[70], il legislatore europeo da un lato sembra non considerare il catalogo dei diritti del suo stesso ordinamento (artt. 7 e 8 Carta dei diritti fondamentali) per la categorizzazione del rischio, dall'altro il bilanciamento tra l'innovazione e protezione dei diritti fondamentali non segue sempre i canoni della proporzionalità, ragionevolezza e necessarietà[71].
Un altro interrogativo che emergerà dall'implementazione del futuro regolamento è se esso riuscirà a garantire effettivamente il diritto a contestare le decisioni algoritmiche[72] o se invece rafforzerà la tendenza di chi utilizza un'IA all'*automation bias*, cioè a essere catturati dall'*output* della macchina. Questo rappresenterà evidentemente un aspetto cruciale per la garanzia dei diritti fondamentali, ma che giocoforza sfugge alla forza coercitiva del diritto. La proposta di regolamento cerca di rafforzare tale piano con l'elenco di diritti dell'art. 50 e di rimedi davanti ad un'autorità indipendente e/o giudiziaria di cui agli artt. 85 e 86[73], che emulano il diritto alla *meaningful information about the logic involved* dei sistemi automatizzati, ex art. 22 reg. 679/2016.
È quindi ancora prematuro stabilire se la costruzione di algoritmi orientati dal Libro Bianco sarà in grado di replicare il bilanciamento tra accoglienza/esclusione dello straniero che incombe ad ogni ordinamento individuare, senza eludere al contempo gli obblighi nazionali, internazionali e dell'Unione europea relativi al diritto di asilo, nonché quelli derivanti dall'applicazione del principio di non respingimento.

---

[68] C. Petridi, *Greek camps for asylum seekers to introduce partly automated surveillance systems*, in *Algorithm Watch*, all'url: https://algorithmwatch.org/en/greek-camps-surveillance/
[69] CGUE, 21 giugno 2022, *Ligue des droits humains*, §231.
[70] Su tutti G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 98.
[71] In tema si veda anche il testo di N. Smuha et alii, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, August 5, 2021, url: https://ssrn.com/abstract=3899991, spec. 9 ss., ove si aggiunge un'altra considerazione che pure merita di essere considerata. Le basi giuridiche dell'AI Act, l'art. 114 e l'art. 16 TFUE, che guidano rispettivamente l'armonizzazione delle regole per il funzionamento del mercato interno e della protezione dei dati «creates an uneasy marriage that does not provide protection for the full gambit of potential interferences, intrusions and violations of fundamental rights made possible by the development, deployment and use of AI systems in the EU» (pp. 10-11).
[72] Sugli aspetti sostanziali e procedurali già vigenti e quelli che invece potrebbero ispirare la nascita di un vero e proprio *right to contest AI* si veda M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI,* in *Columbia Law Review,* 7, 2021, 1957 ss., *passim.*
[73] Sul catalogo dei diritti nell'AI Act v. G. De Minico, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole,* in *Rivista AIC*, 2, 2024, 92.

4. Il rilevamento delle emozioni alle frontiere: AI Act e diritti neuronali. Tra gli impieghi critici dell'IA alle frontiere rientrano i sistemi di rilevamento delle emozioni, ossia quelle tecnologie che si propongono di analizzare espressioni facciali, movimenti del corpo, tono della voce e dati biometrici per misurare o dedurre le emozioni della persona[74], tant'è che l'evoluzione delle applicazioni biometriche si sta integrando sempre di più coi sistemi di riconoscimento emotivo, nei luoghi in cui il riconoscimento facciale è già in uso[75].

Il campo del riconoscimento emotivo è denso di questioni anzitutto di carattere etico-filosofico, ove si consideri che per la scienza la risposta alla domanda su cosa sia un'emozione è aperta[76], ma anche per il settore ingegneristico, stante la difficile traduzione nella modellistica matematica di software di codificazione emotiva[77].

Nei sistemi di intelligenza artificiale cd. emotivi la capacità computazionale decifra uno spazio intimo e riservato per lo più a studi clinico-psicologici. La combinazione tra la tecnologia del riconoscimento parziale (*Facial Emotion Recognition*, d'ora innanzi FER) e l'intelligenza artificiale ha dato vita a sistemi attualmente molto in uso nei settori del *marketing* e della vendita, nei *device* associati dell'*Internet of Things*, ma anche per usi polizieschi.

Le analisi svolte dalle FER si compongono di tre fasi: il rilevamento del volto, dell'espressione facciale, e, infine, la classificazione dell'espressione in uno stato emotivo, svolta dall'algoritmo. Quando le FER sono impiegate insieme a strumenti di identificazione biometrica, lo scopo è andare oltre la biometria. Tale è proprio il caso dei poligrafi sperimentati ai valichi di frontiera di Ungheria, Grecia e Lettonia, per il rilevamento dell'inganno e la previsione del rischio con *iBorderCtrl*[78], un sistema di IA che mira a valutare un rischio per la sicurezza, di immigrazione irregolare o per la salute pubblica, rappresentato da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro. Esso ha replicato la versione statunitense dell'*Automated Virtual Agent for Truth Assessment in Real-time* (AVATAR), dove un agente automatizzato adatta la sua attività di conversazione all'interlocutore, con il quale svolge interviste brevi in una serie di contesti di *screening*, come domande di pre-assunzione, rilascio del visto di ingressi e altri scenari che comportano valutazioni di credibilità. Durante l'interazione vengono identificati quei comportamenti sospetti o irregolari che meritano ulteriori indagini[79].

Applicando tale tecnologia al contesto delle frontiere, questa forma di *screening* pre-arrivo automatizzato si propone di ridurre la quantità di tempo per lo svolgimento dei controlli di sicurezza riguardanti il cittadino straniero. Il migrante è quindi sottoposto all'intervista di un *avatar*, che identificherà i cd. «biomarcatori di inganno» verbali e non verbali, come microespressioni facciali associate alla menzogna (ad. es. l'ammiccamento dell'occhio sinistro, l'aumento del rossore del viso, il movimento della testa). Inoltre, nello sviluppo di

---

[74] J. Buolamwini, V. Ordóñez, J. Morgenstern, E. Learned-Miller, *Facial Recognition Technologies: A Primer*, 2020, 4-5.

[75] European Parliamentary Research Service, *Regulating facial recognition in the EU*, 2021, 4.

[76] Per una ricostruzione delle diverse posizioni G. Sacco, *Che cos''e un'emozione? Una domanda senza (possibile) risposta?*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2021, 319 ss.

[77] D. White, H. Katsuno, *Artificial emotional intelligence beyond East and West*, in *Internet Policy Review*, 1, 2022, 7 ss.

[78] European Commission, Smart lie-detection system to tighten EU's busy borders, all'url: https://projects.research-and-innovation.ec.europa.eu/en/projects/success-stories/all/smart-lie-detection-system-tighten-eus-busy-borders.

In tema: J. Sánchez-Monedero, Lina Dencik, *The politics of deceptive borders: 'biomarkers of deceit' and the case of iBorderCtrl, Information*, in *Communication & Society*, 25, 3, 2022, 413-430; L. Hall, W. Clapton, *Programming the machine: gender, race, sexuality, AI, and the construction of credibility and deceit at the border*, in *Internet Policy Review* 4, 2021.

[79] National Center for Border Security and Immigration, *Appraising the AVATAR for Automated Border Control Results of a European Union Field Test of the AVATAR System for Interviewing and Passport Control*, 2014.

iBorderCtrl sono stati unificati diversi moduli per accelerare la procedura di attraversamento dei confini, che consentono simultaneamente di rilevare dati biometrici, verificare i documenti di viaggio, correlare i database esterni (come il SIS), svolgere la corrispondenza dei volti e valutare del rischio prima ancora che il viaggiatore arrivi alla frontiera. Tutte le informazioni così raccolte sono a disposizione degli agenti di frontiera, per lo svolgimento del controllo effettivo.

L'impiego di tali sistemi è stato fortemente criticato per tre aspetti: a) la fallacia dei suoi presupposti, ossia ritenere fondata la teoria secondo cui mentire è un compito emotivamente impegnativo, che lascia sempre tracce comportamentali non verbali[80], che corrispondono a un insieme di emozioni pre-definite. A ciò si aggiunga il problema della capacità di «leggere» la verità anche nella comunicazione interculturale, ponendo specifiche questioni in termini di giustizia dei dati per l'addestramento dell'IA[81]; b) l'assenza di trasparenza, data dal mancato accesso ai documenti riguardanti l'autorizzazione del progetto *iBorderCtrl* (compresa la valutazione etica e giuridica degli strumenti, delle componenti tecniche e dei metodi sviluppati nel progetto).

Nonostante l'eurodeputato Patrick Breyer avesse chiesto all'Agenzia esecutiva europea per la ricerca di potervi accedere, invocando il diritto della collettività a conoscere quando lo sviluppo di un progetto comporti ingerenze non etiche o illegittime nel diritto al rispetto della vita privata dei cittadini, per consentire un dibattito pubblico e democratico informato sull'introduzione di nuovi sistemi di controllo di massa controversi, il Tribunale dell'Unione[82] ha ritenuto equo il bilanciamento tra il diritto a essere informati e la tutela degli interessi commerciali della società sviluppatrice, attraverso la diffusione dei risultati della ricerca con pubblicazioni scientifiche; c) l'accuratezza dei risultati, giacché dalla sperimentazione sono stati raggiunti tassi di veridicità dei risultati bassi (che si attestano intorno al 73-75%[83]), con il rischio di non essere adeguatamente compensati dal successivo intervento umano, anche a causa dell'*automation bias*[84].

Con gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo all'AI Act, il legislatore europeo sembrava aver accolto le preoccupazioni in merito alla base scientifica dei sistemi di IA volti a rilevare le emozioni e alla loro variabilità in base alle culture, alle situazioni e persino in relazione a una stessa persona[85]. L'inaffidabilità e, di conseguenza, i gravi rischi di abuso hanno portato il Parlamento europeo a vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA destinati a essere utilizzati in tali contesti per rilevare lo stato emotivo delle persone fisiche alle frontiere (art. 5, par. 1, lett. *d-quater*). Non priva di confusione era però la scelta di non vietare in blocco questi sistemi, ma di consentirne l'uso per l'identificazione delle persone fisiche, attraverso sistemi di IA utilizzati per trarre conclusioni sulle caratteristiche personali delle persone fisiche sulla base di dati biometrici o basati su

[80] P. Ekman, E.L. Rosenberg, *What the face reveals: Basic and applied studies of spontaneous expression using the facial Action Coding system (FACS),* 2nd ed., Oxford, 2005.

[81] J. Sánchez-Monedero, Lina Dencik, op. cit., 421.

[82] Tribunale UE, 15 dicembre 2021, *Breyer c. REA*, causa T-158/19.

[83] C. Dumbrava, Op. cit., 17.

[84] Su cui da ultimo L. Gugliotta, A. Elbi, *Will AI 'subtly' take over decision-making in the EU migration context? Warnings and lessons from ETIAS and VIS*, in *2023 EULEN Conference on AI Systems and Enforcement: Between Effectiveness and the Rule of Law*, 14, all'url: https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2023/03/5.3.-Gugliotta-Elbi.-.pdf

[85] Il cons. 26 quater rileva infatti tra le principali carenze di tali tecnologie: la limitata affidabilità (le categorie di emozioni non sono espresse in modo affidabile attraverso un insieme comune di movimenti fisici o fisiologici né associate in modo inequivocabile agli stessi), la mancanza di specificità (le espressioni fisiche o fisiologiche non corrispondono perfettamente alle categorie di emozioni) e la limitata generalizzabilità (gli effetti del contesto e della cultura non sono sufficientemente presi in considerazione).

elementi biometrici (All. III, punto 1. lett. *a-bis)*).
Come anticipato, il divieto di impiegare tali sistemi alle frontiere non è sopravvissuto alla fase dei triloghi; pertanto, i poligrafi potranno essere immessi nel mercato, al pari dei sistemi di identificazione e categorizzazione biometrica, inseriti entrambi tra le IA ad alto rischio.
Le censure sollevate nel contesto delle migrazioni sono particolarmente criticabili, considerato che gli esiti della decisione algoritmica «*can be life-changing*»[86]. Il rilevamento emotivo non accurato o errato, che non sia compensato dall'autonomia dell'intervento umano che lo corregga, oltre a doversi valutare criticamente rispetto all'art. 22, reg. 679/2016, alle frontiere potrebbe generare ulteriori conseguenze, più gravi della mancata protezione dei dati neurali alle condizioni date dall'art. 9, reg. 679/2016, perché suscettibile di violare il diritto a non subire il respingimento alla frontiera (riconosciuto a chiunque la attraversi) e il diritto al riconoscimento dello status di rifugiato (per i richiedenti asilo).
Oltre ai tre aspetti critici ben evidenziati, sembra di vederne uno ulteriore: il *vulnus* ai neurodiritti.
Tale emergente categoria si propone di proteggere la *privacy* della mente[87] dalle interferenze delle neuroscienze e delle neurotecnologie, per la tutela della libertà cognitiva. Con questa espressione si intende il controllo che ogni persona ha con lo sviluppo del proprio processo mentale interno[88], ossia il diritto «*to mental self-determination guarantees individuals sovereignty over their minds*»[89].
In tal senso i biomarcatori dell'inganno alle frontiere non sono differenti dalle tecnologie della risonanza magnetica funzionale (fMRI) impiegate nel processo penale come macchine della verità.
La crescente dipendenza da strumenti che promettono la rivelazione di verità «oggettiva»[90] minaccia la libertà morale e l'autonomia individuale, in quanto questi potrebbero influenzare la capacità di mantenere il controllo sulla sfera più intima della propria esistenza: la mente[91] e il pensiero nella sua quintessenza, prima che si verifichi la sua manifestazione all'esterno[92].
Mentre la questione sulla validità e l'ammissibilità delle prove nel processo penale, tramite strumenti che realizzano una connessione diretta con il cervello e dunque con gli stati mentali, è oggetto di attenzione giurisprudenziale e riflessione dottrinale – data invero dalla presenza di una precisa indicazione legislativa (l'art. 188 c.p.p. rubricato «Libertà morale della persona nell'assunzione della prova») – le implicazioni sull'uso della forza in altri contesti,

[86] IOM, *World Migration Report 2022: Chapter 11 - Artificial intelligence, migration and mobility: implications for policy and practice*, 16.
[87] La privacy della mente «*denotes the domain of a person's active brain processes and experiences – perceptions, thoughts, emotions, volition; roughly corresponding to Kant's notion of the locus internus in philosophy – which are exceptionally hard (if not impossible) to access externally*», così P. Kellmeyer, *'Neurorights': A Human Rights–Based Approach for Governing Neurotechnologies*, in S. Voeneky, P Kellmeyer, O. Mueller, W. Burgard (a cura di), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary perspectives*, Cambridge University Press, 2022, 414.
[88] M. Ienca, *On Artificial Intelligence and Manipulation*, in *Topoi*, vol. 42, 2023, 838.
[89] J.-C. Bublitz, *My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept*, in E. Hildt, A. Francke (a cura di), *Cognitive Enhancement*, Cham, 2013, 242.
[90] A. Bonomi, *Libertà morale ed accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 140, parla di contemporaneo metodo socratico maieutico di «tirare fuori» la verità.
[91] «[…] it is clear that what was historically understood as the «mind» is a product of brain activity. This activity includes all your thoughts, your memories, your imagination, your decisions, your behaviour, and your emotions. As such, the brain is inextricably linked with human identity», così R. Yuste, T. de la Quadra-Salcedo, *Neuro-Rights and New Charts of Digital Rights: A Dialogue beyond the Limits of the Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, 2023, 21.
[92] M. Ienca, R. Andorno, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 5, 2017, 22; G. De Minico, *Nuova tecnica per nuove diseguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *Federalismi.it*, 6/2024, 5 ss.

come quello delle migrazioni o nel settore lavoristico, non sono state messe ugualmente a fuoco. Eppure, lo stanziamento di risorse in progetti di poligrafi[93] lascia intendere che il futuro sviluppo della gestione delle frontiere Schengen si realizzerà anche attraverso l'IA di tipo emotivo. È verosimile dunque attendersi che sempre più l'ordinamento sarà chiamato a riflettere sui neurodiritti dello straniero.

Esaurire le questioni aperte dalla libertà cognitiva non è semplice, poiché entrano in discussione temi complessi che vanno dall'emersione di una quarta generazione dei diritti[94], al tono costituzionale dei neurodiritti e a come inglobare la tutela della libertà morale nell'art. 13 Cost., in assenza di attività inibitorie all'autodeterminazione. L'impiego delle neurotecnologie può essere infatti sia di mera registrazione, sia di alterazione delle attività neuronali (il rilevamento emotivo alle frontiere rientra nella prima delle due ipotesi indicate). Ciò comporta che la libertà cognitiva sia da intendere come concetto multidimensionale, che per taluni rappresenta il sostrato di ogni altra libertà[95], per altri coinciderebbe con la sfera dell'autodeterminazione mentale[96], mentre altri studiosi ancora notano il suo fondamento nella *neuroprivacy*[97]. Tre letture differenti che aprono alla massima tutela dei diritti, o viceversa a ipotesi più restrittive, le quali proteggono dalle intrusioni nella sfera della libertà solo quando la tecnologia è in grado di alterare fisicamente o psichicamente il comportamento della persona.

Lo scudo protettivo dell'art. 13 Cost. è usato con cautela dalla Corte costituzionale[98]. Quest'ultima avverte sì l'esigenza di allargarne la portata «non soltanto innanzi allo spiegamento di forme coercitive (il cui esercizio segna la più icastica manifestazione del monopolio statale della forza)», ma anche per quei casi di degradazione giuridica che incidono sulla pari dignità della persona, tuttavia, non ogni mortificazione della sfera morale ricade nel nucleo protettivo dell'*habeas corpus*. Si dovrebbe allora ricavarne che quando l'obiettivo del mezzo tecnologico sia di alterazione dell'attività delle mente si entri nel nucleo della libertà personale, quando invece l'obiettivo sia di mera registrazione in quello della privacy.

Quest'ultima, nella sua originaria aspirazione, è data dal riconoscimento da parte dell'ordinamento a ciascun individuo di una chiusura allo sguardo altrui: «*the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others*»,[99] mentre, negli sviluppi successivi, ha finito per affermarsi prima come tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali e poi come autodeterminazione informativa[100].

La vita privata non trova in Costituzione una norma esplicita che predisponga un sistema di garanzie: esse sono mutevoli, in relazione al contesto di cui si discorre, pur trovando nell'art. 2 (principio personalista) e nell'art. 3 (pieno sviluppo della persona umana) il proprio

---

[93] Statewatch, *L'UE ha speso oltre 340 milioni di euro per la tecnologia AI di frontiera che la nuova legge non riesce a regolamentare*, maggio 2022.

[94] A. Iannuzzi, F. Laviola, *I diritti fondamentali nella transizione digitale*, in *Diritto costituzionale, Diritti di libertà e nuove tecnologie fra libertà e uguaglianza*, 1, 2023, 10.

[95] W. Sententia, *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition*, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1, 2004, 221-228; N.A. Farahany, *Incriminating Thoughts*, in *Stanford Law Review*, 2012, 407.

[96] J.-C. Bublitz, op. cit., 234.

[97] Ossia «lo spazio inviolabile della persona nei confronti di qualsiasi ingerenza indebita, sia essa un'estrazione informativa o una interferenza attiva, richiamando il livello neurale in un approccio metodologicamente riduzionista, ancorché non per questo riduttivo: è la dimensione del corpo il punto di partenza e di arrivo dei diritti, delle libertà, dell'autodeterminazione, della dignità», così F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in *Consulta Online*, 2, 2023, 704.

[98] *Ex multis*: sentenze n. 68/1964, n. 419/1994 e n. 127/2022.

[99] Su tutti Warren e Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 5, 1890, 199.

[100] M.F. De Tullio, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 4, 2016, 652 ss.

architrave concettuale di sostegno.
Tali riflessioni recano con sé nuovi dubbi che l'operatore giuridico che si muova alla luce della Costituzione (il legislatore, l'interprete e i funzionari ai valichi di frontiera) è chiamato a risolvere: identificare gli interessi in conflitto, riconducendoli ai valori costituzionali coinvolti, e orientare il verso delle operazioni di bilanciamento, tenendo conto dell'impostazione personalistica.
Tra i temi più urgenti rientra l'identificazione dell'ambito protettivo in cui ricadono i bisogni scaturenti dall'invasione della mente da parte della tecnologia; la titolarità dei neurodiritti e la posizione – paritaria o meno – degli stranieri rispetto a essi. Va in particolare definito se le esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza, ma anche di protezione del principio di non respingimento da parte delle autorità ai valichi di frontiera, giustifichino trattamenti differenziati tra cittadino e straniero nella protezione della libertà «da» intrusioni esterne alla propria sfera mentale, emozioni e dati neurali. Se la risposta sarà affermativa, occorrerà chiarire quali e quante informazioni mentali e dati neurali possano essere nella disponibilità degli attori pubblici e infine a quali condizioni.
A ben vedere si tratta di questioni per le quali l'*AI Act* e il reg. 679/2016 possono offrire una tutela apprezzabile, ma che non è in grado di esaurire in modo convincente la complessità delle questioni aperte. È allora urgente che il legislatore si misuri con le nuove dimensioni dei problemi costituzionali della libertà e dell'eguaglianza[101] incisi e riconfigurati dal contesto storico-ambientale descritto (*infra* § 2).
La definizione delle questioni della giustificazione, della struttura e del contenuto di tali processi[102] appaiono prioritari rispetto alle questioni della sicurezza dell'IA impiegata, delle regole sull'affidabilità del rilevamento emotivo da parte dell'algoritmo, della capacità di «leggere» la verità nella comunicazione interculturale, in relazione alle migrazioni forzate[103] e, infine, del rafforzamento del consenso al trattamento dei dati[104].

5. Considerazioni finali. I temi indagati attraversano i settori della tecnologia e dell'immigrazione, mettendo in luce il doppio binario – inclusione e competizione – verso cui è orientato l'utilizzo delle nuove tecnologie nella disciplina giuridica dell'intelligenza artificiale. Non è un caso che a distanza di un giorno l'uno dall'altro, nei messaggi di fine e inizio anno[105], il nostro Presidente della Repubblica e il Papa abbiano pronunciato parole importanti sul progresso tecnologico dell'intelligenza artificiale, mettendo in guardia dai pericoli, tra i quali su tutti la crescita delle diseguaglianze e la perdita di senso del limite e additato le stelle polari che devono invece guidarne lo sviluppo, su tutte la dignità della persona e la ricerca della pace.
Come visto, l'AI Act alimenta sia il versante antropocentrico, sia quello competitivo attraverso una legge pioneristica che ha un obiettivo ambizioso: rendere sicuro il mercato dell'intelligenza artificiale. Con l'analisi svolta si è cercato di segnalare i punti di forza e i limiti.

---

[101] A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, spec. 92-93.
[102] F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*.
[103] Ulteriori preoccupazioni etiche su iBorderCtrl sono avanzate da P. Molnar, *Emerging voices: Immigration, iris-scanning and iBorderCTRL – The human rights impacts of technological experiments in migration*, in *OpinioJuris*, 2019, sulla capacità dell'algoritmo di non può tenere conto del trauma e dei suoi effetti sulla memoria, o delle differenze culturali nella comunicazione; sulla condivisione delle informazioni senza il consenso delle persone, nonché sui pregiudizi nell'identificazione attraverso il riconoscimento facciale, poiché le tecnologie di riconoscimento facciale fanno fatica ad analizzare le donne o le persone con tonalità della pelle più scure.
[104] G. Scorza, *Neuroverso. Il cervello è nudo. Quale impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano, 2023, cap. 9, 151 ss.
[105] V. esergo.

Nel caso specifico delle migrazioni, si è provato a capire se la loro classificazione come «sistemi ad alto rischio» sia di per sé idonea a evitare l'adozione di decisioni *biased*, che si fondino su una compressione degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali e siano produttive di effetti giuridici negativi assai incisivi sulla gestione della mobilità umana. Ne è emersa la preoccupazione di riversare nella categorizzazione ad alto rischio l'idea di una panacea protettiva verso gli utenti-consumatori, visto che taluni sistemi non rientrano nell'allegato III, mentre per quelli che vi rientrano la via di fuga disegnata dall'art. 6, par. 3 appare ampia e generica. A ciò si aggiunga che il sistema degli obblighi non è concretamente definito, ciò induce a dubitare che la presunzione di conformità dell'algoritmo costituzionale possa realizzarsi *by design*. Non in ultimo le titubanze su cosa il regolamento intenda per trasparenza ridonderanno sulla capacità del *deployer* di comprendere l'*output* e sulla concreta reclamabilità della persona interessata. Preoccupazione accresciuta in un contesto come quello delle politiche di immigrazione e di asilo, vista l'elevata presenza di automatismi amministrativi (ad esempio per il rilascio del nulla osta al visto di ingresso) o di procedimenti nei quali le dichiarazioni del richiedente asilo costituiscono la principale fonte di prova da valutare (tipico è il caso della protezione internazionale).

Invero, l'applicazione dell'IA all'ordine sociale pone un dilemma dalle radici più profonde, che tocca il rapporto tra scienza e diritto: la sedicente imparzialità della decisione non umana[106]. All'opposto, la stessa è ineluttabilmente legata alle informazioni che hanno allenato l'IA; ciò induce a domandarsi in che modo possa realizzarsi un algoritmo orientato ai valori e ai principi costituzionali (non solo la non-discriminazione) e se vi sia bisogno di uno *human oversight* rafforzato per l'IA utilizzata dalla pubblica autorità in settori ad alto tasso di politicità, come l'immigrazione e l'asilo.

Quesiti del genere, o altri che potrebbero ancora formularsi, presuppongono l'osservazione delle trasformazioni del contesto storico-ambientale e richiedono nuovi sforzi al progetto del costituzionalismo: rispondere alle nuove istanze di tutela per «coprire l'intero arco delle esigenze dell'uomo/cittadino»[107]. Tra di esse, sembra prioritario assecondare la richiesta costituzionale della riserva di legge[108] quando nel mercato dell'intelligenza artificiale l'utente-consumatore sia consapevolmente o meno chiamato a sacrificare spazi di libertà. Il principio di legalità, che intervenisse in una fase antecedente o comunque concomitante alla regolazione «sulla» tecnica, dovrebbe rappresentare la fonte che esaudisca la commensurabilità tra le manifestazioni delle libertà fondamentali e gli altri interessi in gioco — e perciò suscettibili di compromessi —, vale a dire l'innovazione e la competitività del mercato europeo.

Abstract. Il contributo in oggetto analizza le caratteristiche del regolamento sull'intelligenza artificiale, osservando, attraverso le categorie del costituzionalismo, il sistema di categorizzazione del rischio proposto, le incertezze giuridiche nella definizione legislativa degli obblighi imposti ai fornitori e il catalogo dei diritti degli utenti. Un focus specifico riguarda l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nei settori dell'immigrazione e l'asilo e come questi vengono considerati dal futuro regolamento europeo. Infine, il *case study* è sul

[106] A. D'Aloia, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 665; M. Luciani, *La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *La lettera: Libertà di ricerca e intelligenza artificiale*, *AIC*, 12, 2023.

[107] R. Nania, op. cit., 4; sulle frontiere della democrazia, diritti e eguaglianza ai tempi dell'intelligenza artificiale A. Patroni Griffi, *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale: una relazione ancora da costruire*, in Id. (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale,* Milano-Udine, 2023, 10; sulla libertà cognitiva e i prerequisiti sia delle libertà negative che di quelle positive M. Ienca, R. Andorno, op. cit., 11.

[108] Su tutti, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 301 ss.

rilevamento delle emozioni alle frontiere e le questioni giuridiche connesse, alla luce dell'AI Act e dei cosiddetti *neurorights*.

Abstract. The contribution analyzes the characteristics of the regulation on artificial intelligence, observing, through the categories of constitutionalism, the proposed risk categorization system, the legal uncertainties in defining the obligations imposed on providers, and the catalogue of user rights. A specific focus concerns the use of artificial intelligence systems in the immigration and asylum fields and how future European regulation considers these. Finally, the case study deals with emotion detection at borders and the related legal issues in light of the AI Act and the so-called neurorights.

Parole chiave. Costituzionalismo – regolamento sull'intelligenza artificiale – categorizzazione del rischio – rilevamento delle emozioni.

Key words. Constitutionalism – regulation on Artificial Intelligence – risk based approach – immigration and asylum – emotion detection.

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE GENERATIVA. LA TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA NELL'ERA DEL *DEEPFAKE*[*]

di Simonetta Trozzi[**]

Sommario. 1. Introduzione. – 2. IA generativa e diritti della persona nella prospettiva costituzionale. La problematica individuazione del nucleo della dignità umana. – 3. Il rilievo costituzionale dei principi in materia di protezione dei dati personali: il *GDPR* e l'*AI ACT* tra uguaglianza, libertà e autodeterminazione. – 4. *Deepfake* e *AI fake news*. La disciplina prevista dall'*AI ACT* e l'intreccio con la proposta di legge nazionale. – 5. Considerazioni conclusive. Il diritto all'identità personale come cardine della protezione della dignità della persona nell'era del *deepfake*.

1. Introduzione. La diffusione, recente e repentina, di tecnologie che si avvalgono di Intelligenza Artificiale Generativa (*Generative AI*, d'ora in poi IA generativa)[1] ha avuto l'effetto di scardinare numerosi paradigmi normativi[2], tra i quali alcuni riguardanti fenomeni sociali aventi ricadute giuridiche, rimasti a lungo indiscussi. Il linguaggio, segnatamente, è al centro dell'attenzione della riflessione dottrinale sotto plurimi aspetti. Ciò a partire dal linguaggio della comunicazione istituzionale nella Rete Internet, anche tramite i *social network*[3], al linguaggio dell'informazione nella democrazia digitale[4] fino al più recente linguaggio degli

[*] *Sottoposto a referaggio*.

[**] Dottoranda di ricerca in Legalità, Culture politiche e Democrazia – Università di Perugia.

[1] L'IA generativa è un ramo dell'intelligenza artificiale dedicato alla creazione di algoritmi in grado di produrre *output* originali e variabili basandosi su dati e informazioni preesistenti. La generazione può riguardare testi, immagini, suoni, video o altre forme di contenuti che appaiono molto simili a quelli creati dall'uomo. Al fine di creare nuovi contenuti e proporre soluzioni l'IA generativa si avvale di tecniche di apprendimento automatico, come le reti neurali generative avversariali (GAN) e i modelli di linguaggio di grandi dimensioni (LLM). Per la riflessione sulla relatività e precarietà del tentativo di fornire una definizione di IA, stante la dinamicità con la quale si evolve tale tecnologia, si veda A. Papa, *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche: umano* vs *macchina? O macchina* vs *umano?*, in A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, 225 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *Federalismi.it*, 22, 2022, 101 ss.

[2] B. Ponti, *Gli algoritmi pubblici: quale legalità e quale partecipazione? Introduzione*, in *Riv.it Inf.Dir.*, 2, 2022; Id., *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, 2023; in particolar modo per il rapporto poteri pubblici e privati nell'ambito della digitalizzazione amministrativa si veda Id., *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2023, 599 ss.

[3] A. Papa, P. Marsocci, *Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica*, in *Rivista AIC*, 1, 2023, 169 ss., in partic. 192 ss.

[4] P. Bilancia, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2021, 3 ss.; F. Balaguer Callejón, *La costituzione dell'algoritmo*, Milano, 2023; Id., *Inteligencia artificial y cultura constitucional*, in AA. VV., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, F. Balaguer Callejón, I. Wolfgang Sarlet (diretto da), C. Luiz Strapazzon, I. Robl Filho, A. Aguilar Calahorro, A. Pèrez Miras (coordinato da), Cizur Menor (Navarra), 2023, 41 ss., trad. it. in *Lceonline.eu*, num. sp. 2, 2023, 1 ss.; G. Cámara Villar, *Diritto all'educazione, pluralismo e società aperta nell'era digitale*, in *Lceonline.eu*, num. sp. 2, 2023, 199 ss.

algoritmi, fondato sulla matematica, in parte non del tutto conosciuto nel suo operare e capace di imitare quello umano[5]. In questo solco di trasformazione tecnica e sociale si consideri inoltre come il digitale, più in generale, ha – a monte delle più recenti innovazioni tecnologiche – portato la dottrina e la giurisprudenza a soffermarsi sul *significante* del *significato* da attribuire al lemma corrispondenza e alle relative forme, divenute prevalentemente non più analogiche. A partire dal dibattito sull'inquadramento dell'*e-mail* quale corrispondenza telematica nell'alveo della tutela dell'art. 15 Cost.[6], al riconoscimento dei messaggi *WhatsApp* quale corrispondenza, avvenuto da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 170/2023[7], nonché ribadito con la sentenza n. 227/2023.

La mutevolezza dell'oggetto della tutela determinata dall'inarrestabilità che caratterizza l'evoluzione dell'IA generativa e le sue applicazioni, in ambito non solo privato ma anche pubblico, rende lo scenario delle salvaguardie poste a garanzia dei diritti della persona ancor più complesso, come analitica e articolata è la disciplina contenuta nel *Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale* (di cui alla originaria proposta COM(2021) 206 del 21 aprile 2021 – d'ora in poi *AI ACT* o Regolamento), per il quale, nel momento in cui si scrive, è possibile far riferimento al testo approvato dal Parlamento europeo tramite la risoluzione legislativa del 13 marzo 2024[8].

Il presente contributo mira a ricostruire, in un'ottica multilivello, l'impianto dei principi di rango costituzionale fondanti la tutela dei diritti della persona che l'avvento dell'IA, in particolare generativa, rischia di mettere in crisi. Ciò non da ultimo con riguardo al valore stesso della dignità della persona, il cui nucleo ricostruibile per il tramite dei giudizi di costituzionalità formulati dalla Corte costituzionale[9], risulta, in definitiva, concretamente inafferrabile ed è pertanto apprezzabile esclusivamente con particolare riguardo ai diritti digitali, se declinato in termini di eguaglianza, autodeterminazione e libertà. È la natura che

[5] G. Cavaggion, M. Orofino, *Lingua e Costituzione: l'irrompere dei linguaggi algoritmici*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 155 ss.

[6] A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, in partic. 91 ss.

[7] Per gli esiti di tale pronuncia nell'ambito della disciplina della *cybersecurity* e non solo di quella della protezione dei dati personali, si veda A. Iannuzzi, *Considerazioni sul disegno di legge «Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici» (AC 1717)*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2024, 1 ss., in partic. 5. Secondo l'A. nel solco di tale giurisprudenza costituzionale è possibile ampliare interpretativamente la tutela costituzionale e legislativa del domicilio, di modo che domicilio analogico e digitale possano essere tutelati allo stesso modo dalla legge, così come avviene per la nozione di corrispondenza. In commento si veda G. Guzzetta, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023*, in *Federalismi.it*, 21, 2023, 9 agosto 2023, 1 ss.

[8] Il 21 maggio 2024 è intervenuta l'approvazione da parte del Consiglio dell'UE alla quale seguirà la pubblicazione del Regolamento sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE. Il link al quale è reperibile il testo consultato approvato dal Parlamento europeo tramite la risoluzione legislativa del 13 marzo 2024 è https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-03-13_IT.html#sdocta2. L'*AI ACT* sarà integralmente applicabile dal 2026. In attesa dell'emanazione si susseguono le iniziative legislative nazionali, tra le quali il disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro della giustizia recante *Disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale* (A.S. n. 1146 del 20 maggio 2024), approvato dal Consiglio dei ministri del 23 aprile 2024, che si muove nello spazio lasciato libero dal Regolamento, in cinque ambiti principali: la strategia nazionale, le autorità nazionali, le azioni di promozione, la tutela del diritto di autore e le sanzioni penali.

Per un approfondimento sulle politiche e sulle fonti di disciplina della tutela e circolazione dei dati a livello europeo, si veda A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto dell'Unione europea per la disciplina della società digitale*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, 9 ss.

[9] Tra i più recenti: dalla dignità nel morire, limite alle scelte legislative (Corte cost., ord. n. 207/ 2018 e Corte cost., sent. n. 242/2019) alla dignità quale parametro a metà tra morale e buon costume che impedisce di far qualsiasi uso del proprio corpo (Corte cost., sent. n. 141/2019 in materia di sfruttamento della prostituzione con commento di R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 novembre 2019 o Corte cost., sent. n. 272/2016 in tema di maternità surrogata).

caratterizza tali avanzate tecnologie che pone in discussione alcune delle tutele dei diritti che ruotano attorno ai dati, sia personali che non personali, il cui fondamento si rinviene a livello europeo (art. 16, par. 2 TFUE, art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), come attuato e declinato nel Regolamento (UE) 2016/679 (d'ora in avanti, *GDPR*)[10] e negli ulteriori regolamenti adottati nell'ambito della *Strategia europea per i dati* della Commissione europea[11]. È stato difatti osservato come le Carte costituzionali degli Stati europei, tra le quali vi è la Costituzione repubblicana italiana[12], sono state forgiate in un mondo analogico e l'avvento del mondo digitale caratterizzato, tra l'altro, da logiche nuove di potere che perseguono interessi privati, ne ha cambiato in parte l'oggetto[13]. È altresì vero che, affinché sia preservata la compiutezza della tutela dei diritti della persona suscettibili di essere messi in discussione dalle nuove tecnologie, occorre sin dalla fase di progettazione delle stesse recepire i valori del diritto costituzionale, nell'ottica di un diritto costituzionale «ibrido»[14], che conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia. Tale fondamentale esigenza è constatabile con riguardo alle implicazioni giuridiche derivanti dall'impiego di talune tecnologie di IA generativa la cui regolamentazione è oggetto di una proposta di legge nazionale[15]. Si tratta di sistemi di IA già comunemente diffusi, quali quelli relativi ai contenuti *deepfake* ma anche più recenti, concernenti la generazione e manipolazione di contenuti testuali (*AI fake news* secondo una definizione di cui si dirà).

2. IA generativa e diritti della persona nella prospettiva costituzionale. La problematica individuazione del nucleo della dignità umana. È stato autorevolmente affermato, proprio da chi ha inteso fondare la disciplina della *data protection* quale presupposto di democrazia e non solo di libertà, che il vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra è costituito dal «principio di dignità»[16], cardine, presupposto e fine della società e dello Stato di diritto. Secondo tale filone dottrinale la dignità umana costituisce un valore sì polivalente,

[10] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[11] *Una Strategia europea per i dati*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM(2020)66 final, nella quale vengono delineati obiettivi e linee di intervento a sostegno dell'economia dei dati fino al 2025. La *Strategia europea per i dati* è stata preceduta dalla Comunicazione della Commissione europea del 9 marzo 2021 intitolata *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale* relativa agli obiettivi UE per il 2030, che arricchisce la precedente *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, presentata nel 2020. Si consideri, infine, l'adozione da parte della Commissione europea, nel febbraio 2020, del *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia.*

[12] È comunemente rilevato che la Costituzione italiana era all'epoca della sua approvazione tra le più all'avanguardia per le istanze di tutela in essa racchiuse. Mentre i lavori preparatori del *Grundgesetz*, ossia la Legge fondamentale tedesca del 1949, si svolsero sulla base di progetti e sotto la sorveglianza degli Alleati, e la *tradition républicaine* mantenne un peso ragguardevole in Francia, l'Assemblea costituente italiana agì libera da ipoteche esterne e priva di una tradizione costituzionale alla quale rifarsi. Così C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra costituzione e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2011, 401 ss. il quale A. richiama sul punto l'approfondito studio AA. VV., *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Torino, 25-26 ottobre 1996, Padova, 2000.

[13] F. Balaguer Callejón, *La costituzione dell'algoritmo*, cit., in partic. 9; Id., *Inteligencia artificial y cultura constitucional*, cit., *passim*; J.F. Sánchez Barillao, *Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional*, in Aa. Vv., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, cit., 93 ss.

[14] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, 63 ss., in partic. 87 ss.; C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale, 2019, 101 ss., *passim*.

[15] A.C. n. 1514 del 25 ottobre 2023.

[16] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, in partic. 14 ss.; G. Resta, *La dignità*, in P. Zatti, S. Rodotà (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, Milano, 2010, 259 ss.

ma allo stesso tempo fondamento irrinunciabile, «minimissimo e autoevidente»[17] su cui si costruisce l'intero edificio dei diritti fondamentali. Pertanto, è il cittadino, nella multiforme e poliedrica varietà delle sue determinazioni nella tutela delle quali si esplica il principio personalista, ad essere al centro della Costituzione, espressione primaria del costituzionalismo italiano e ancor prima di quello europeo del secondo dopoguerra[18].

Come è noto, l'avvento dell'IA generativa ha comportato un intervento di disciplina a livello europeo e l'*AI ACT*, a tal proposito, si pone quale *unicum*[19] nel panorama mondiale. La dottrina, in primo luogo, si interroga sulla ragione di tale regolazione in termini di *governance* del fenomeno, ossia di sovranità digitale europea, facendo emergere come oltre ad una esigenza di tutela dei diritti del singolo vi è sottesa, primariamente, una ragione di Stato di diritto e di espansione del mercato unico, quest'ultimo elemento fondativo della stessa Unione europea[20]. Tale circostanza è apprezzabile sin da una prima lettura dell'*AI ACT*, in quanto è statuito che l'obiettivo dell'articolato normativo consiste nel «migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […], compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione nonché promuovere l'innovazione»[21].

È innegabile, altresì, che il concreto funzionamento delle tecnologie di IA, a partire dalla scelta dei dati non più solo in termini di quantità (i *big data* raccolti tramite l'*Internet of things*[22]), ma anche e soprattutto di qualità, necessari all'addestramento dell'algoritmo, porta il giurista al confronto continuo con un modello operativo intrinsecamente discriminatorio che stride

[17] C. Casonato, *Introduzione al diritto bioetico. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, in partic. 92.

[18] A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, in partic. 2 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, in partic. 84 ss.

[19] Si noti come l'*Executive Order (E.O.) 14110 on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* rilasciato il 30 ottobre 2023 dal Presidente americano Joe Biden (si veda il report Congressional Research Service, *Highlights of the 2023 Executive Order on Artificial Intelligence for Congress*, 3 aprile 2024) non è vincolante per i privati e detta regole di indirizzo sulle misure e sugli atti che dovranno essere adottati da parte di dipartimenti e agenzie governative, tra i quali linee guida, strategie, task force etc. Data la natura di tale atto, nel raffronto con la disciplina europea in materia, si comprende anche come manchi ancora nella disciplina statunitense un definito approccio regolatorio armonizzato, quale quello basato sul rischio adottato a livello europeo, nonché un programma di accompagnamento delle imprese private che si avvalgono di tecnologie di IA nella *compliance* rispetto alle prescrizioni. Sotto questo aspetto, è invalso l'uso dell'espressione *Brussel effect* tramite la quale si intende indicare l'influenza che le regolamentazioni emanate dall'UE hanno a livello globale, a tal punto da indurre le imprese multinazionali ad adeguarsi direttamente alle normative europee, sia per evitare complicazioni e costi associati alla conformità a diverse normative nazionali, sia per garantire il rispetto della disciplina europea a tutela dei diritti nel caso di trasferimenti internazionali. A tal proposito si veda M. Orofino, *Il* Digital Service Act *tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., 107 ss., in partic. 172.

[20] F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, in partic. 55; A. Iannuzzi, *La* governance *europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 209, 2021, 31 ss.

[21] Considerando 1 *AI ACT*. Si veda anche l'art. 1. La centralità della persona umana in rapporto all'IA è ribadita anche nei Considerando 4 e 5 del medesimo articolato normativo.

[22] A. Papa, *La complessa individuazione di un "equo" bilanciamento tra tutela della privacy e profilazione della* big data society, in V. Falce (a cura di), Fairness *e innovazioni nel mercato*, Torino, 2020, 34 ss.; L. Moerel, C. Prins, *Privacy for the homo digitalis. Proposal for a new regolatory for data protection in the light of* Big Data *and the* Internet of Things, SSRN Electronic Journal, 2016.

con l'enunciato di cui all'art. 3, c. 2, Cost., fondante l'eguaglianza sostanziale. Dal dibattito sulla tutela della persona in rapporto alle ricadute e agli effetti giuridici dei processi automatizzati, quali la profilazione (art. 22 *GDPR*), la riflessione si è spostata sulla trasparenza, responsabilità, inclusività nonchè su quali debbano essere gli standard di normazione tecnica idonei a regolare il fenomeno, travolgente e in repentina evoluzione, dell'IA[23]. In definitiva, dalle peculiarità della regolazione del fenomeno emerge il timore di fondo nutrito in rapporto alle tecnologie di IA, che non appaiono più essere uno mero strumento dominato dall'uomo ma fenomeno nuovo, il cui funzionamento si basa su valori non coincidenti con quelli giuridici condivisi, che dunque necessita di essere ricondotto ad una dimensione antropocentrica[24].

A dare atto della circostanza per cui al centro della regolamentazione del fenomeno dell'IA vi è una scelta di disciplina improntata alla garanzia dei diritti della persona – come si vedrà *infra* par. 3 – è, in termini di tutele predisposte, la non trascurabile clausola generale, di cui all'art. 2, par. 7, *AI ACT*, che lascia impregiudicata l'applicazione ai dati trattati conformemente ai diritti e agli obblighi stabiliti nel Regolamento, del «diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, della vita privata e della riservatezza delle comunicazioni». In particolar modo, sono previste solo due specifiche eccezioni a tale previsione. La prima giustificata da ragioni di correzione delle distorsioni dei sistemi di IA ad alto rischio[25], e la seconda nel caso di dati personali legalmente raccolti per altre finalità da trattare nello spazio di sperimentazione normativa per l'IA[26]. Si considerino inoltre i plurimi riferimenti alla disciplina del *GDPR* contenuti nel testo del Regolamento, in particolar modo per quanto concerne il trattamento dei dati biometrici[27].

Avuto riguardo agli atti di rango sovranazionale appare inoltre opportuno rilevare come, ancor prima, il primato dell'essere umano rispetto al potere, anche tecnologico, è sancito nella *Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina* firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, atto giuridico di riferimento per il biodiritto internazionale.

A tal proposito è proficuo, al fine di far luce sul rapporto sussistente tra persona, dignità e tutela dei diritti inalienabili e fondamentali[28], prendere in considerazione quali sono le enunciazioni normative della dignità umana riscontrabili nell'ordinamento sovranazionale, europeo e nazionale.

L'art. 1 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 sancisce che «tutti gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali in dignità e diritti» integrando la formula settecentesca di cui all'art. 1 della *Dichiarazione francese* del 1789 («Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti»). L'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, riconosciuta dal Trattato di Lisbona che le ha attribuito efficacia

---

[23] A. Iannuzzi, *Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2, 2023, 91 ss.; C. Colapietro, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, 151 ss. In particolar modo per quanto concerne la tecnologia *deepfake* – come si vedrà *postea* – si vedano gli studi quali R. Hamon, I. Sanchez, D. Fernandez Llorca, E. Gomez, *Generative AI Transparency: Identification of Machine-Generated content*, European Commission, Ispra, 2024; EPRS, *Generative AI and watermarking*, dicembre 2023.

[24] P. Stanzione, *L'uomo e le macchine: una visione antropocentrica dell'intelligenza artificiale*, in *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2022, in partic. 15 richiamato da A. Patroni Griffi, *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale: una relazione da costruire*, in Id. (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, cit., in partic. 11.

[25] Art. 10, par. 5, *AI ACT*.

[26] Art. 59, *AI ACT*.

[27] Considerandi 14, 39, 54, 95, artt. 5, par. 1 lett. *h)*, 50, par. 3 lett. *b)*, *AI ACT*.

[28] D. Messina, *La tutela della dignità nell'era digitale. Prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e Intelligenza Artificiale*, Napoli, 2023.

vincolante al pari dei trattati ex art. 6 TUE, afferma che «[l]a dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Il primo dei sei capi di cui è composta la Carta è dedicato alla dignità e alla tutela della persona in alcune delle sue principali estrisencazioni quali il diritto alla vita (art. 2), all'integrità fisica e psichica (art. 3), la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4) e la proibizione della schiavitù (art. 5).
Come è noto, non troviamo un enunciato analogo all'art. 1 della *Carta di Nizza* e nemmeno una chiara enunciazione del concetto di dignità nella Costituzione repubblicana, a differenza di ciò che si rinviene in altre Carte costituzionali europee, quali la Legge fondamentale tedesca del 1949[29] o la Costituzione spagnola[30] o la Costituzione portoghese[31]. Nonostante ciò, molteplici sono i riferimenti alla dignità all'interno della Carta fondamentale. Si tratta degli artt. 3, 36 e 41, nonché del riferimento nell'art. 32. È proprio da tali richiami che può desumersi l'intreccio ontologico del valore della dignità con l'eguaglianza, la libertà e l'autodeterminazione. In primo luogo, nell'art. 3 la dignità viene qualificata come sociale[32], a riprova di come gli sviluppi del costituzionalismo novecentesco hanno dato al principio di libertà una più larga fondazione sociale[33]. È inoltre dall'art. 36, c. 1 Cost.[34] che, coerentemente con la scelta operata dai Costituenti di fondare la Repubblica sul lavoro, si desume come sia il lavoro ad essere misura della dignità[35]. L'intreccio tra libertà e dignità si rinviene, infine, anche nell'art. 41, c. 2 Cost. laddove è escluso che l'iniziativa economica privata possa svolgersi in contrasto «con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», secondo i limiti introdotti dopo la novella costituzionale del 2022[36].
Pertanto, seppur non espressamente menzionato – salvo quanto appena rilevato – il concetto di dignità deve comunque intendersi presente e sotteso al testo costituzionale. La dignità

[29] L'art. 1, c. 1 della *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, ossia la Legge fondamentale tedesca del 1949, rubricato *Würde des Menschen* (*Protezione della dignità umana*) prevede che «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*» («La dignità umana è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»).
[30] Riferimenti alla dignità della persona sono presenti sia nel preambolo della *Constitución española* del 1978 nel quale è statuito che la Nazione promuove la cultura e il commercio al fine di assicurare a tutti «una digna calidad de vida», che nell'art. 10, c. 1, laddove è previsto che il rispetto della dignità della persona, assieme a quello dei diritti inviolabili sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.
[31] L'art. 1 della *Constituição do Portugal* del 1976 statuisce che la dignità umana costituisce uno degli elementi su cui si fonda la Repubblica, ribadendone la centralità in rapporto ad altri principi e diritti quali l'uguaglianza (art. 13), i diritti dei lavoratori (art. 59), i diritti della persona quali l'identità personale (art. 26), la famiglia tutelata come elemento fondamentale dello Stato (art. 67), nonchè i diritti nell'ambito del processo (art. 206).
[32] G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Milano, 1974, 1089 ss.
[33] Così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2015, in partic. 266.
[34] Ai sensi del quale «[i]l lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sè e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».
[35] M.S. Giannini, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv.giur.lav.*, 1949-1950, in partic. 18; M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL: Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 2010, 628 ss.
[36] La l. cost. n. 1/2022 recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, oltre ad aver modificato i commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., ha introdotto un nuovo comma 3 all'art. 9 della Costituzione secondo cui la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». A tal proposito tra i numerosi commenti si vedano C. Tripodina, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 1, 2023, 332 ss.; D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, Bologna, 2022, in partic. 257 ss.; G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022. Con particolare riguardo alla tutela del paesaggio si veda A. Papa, *La tutela del paesaggio: verso un nuovo bilanciamento con la salvaguardia dell'ambiente dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 1, 2024, 200 ss.

viene in rilievo nella sua declinazione sociale, in rapporto al principio personalista cui è informata la Costituzione, che trova fondamento nell'art. 2. L'art. 2 quale *norma-fondamento* del nostro ordinamento pone non solo i caratteri della forma di Stato («Repubblica» «riconosce e garantisce») ma anche una priorità di valore, esprimendo l'essenza del principio personalista («uomo» «come singolo») e pluralista («formazioni sociali») che verrà completato dal successivo art. 3, c. 2, Cost[37]. Quest'ultimo nel sancire l'eguaglianza formale, integra la tutela formale da parte dello Stato con quella sostanziale, richiedendo l'intervento dei pubblici poteri per modificare o rimuovere le condizioni economiche e sociali che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

A tal proposito, la valenza giuridica della dignità umana non è concretamente apprezzabile se non con riferimento alla relativa giurisprudenza costituzionale e al dibattito dottrinale sorto attorno all'interpretazione valoriale della Costituzione e ai c.d. nuovi diritti[38]. Va sottolineato come la Corte non ha seguito una metodologia interpretativa sempre costante e uniforme[39]. Nonostante ciò, non mancano pronunce tramite le quali è possibile ricostruire i due filoni di interpretazione adottati dalla Consulta nel corso del suo sessantennio di attività[40].

Il primo indirizzo ermeneutico, attestatosi per i primi tre decenni di funzionamento dell'organo di giustizia costituzionale, è stato quello in base al quale è stato affermato che i diritti inviolabili «riconosciuti dall'art. 2 Cost., sono quelli ricollegati alle specifiche norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie»[41]. È possibile però rinvenire alcune prime argomentazioni di portata ampliativa dei diritti già a partire dagli anni Settanta. Con riferimento agli artt. 2, 3, c. 2, e 13, c. 1, Cost., la Corte apre la Carta al riconoscimento e alla protezione del decoro, dell'onore, della rispettabilità, della riservatezza, intimità e reputazione[42]. Un ultimo aspetto dell'esaurirsi di tale primo indirizzo si rinviene nei primi utilizzi della tecnica degli agganci diretti all'art. 2 per favorire l'ingresso di nuovi diritti[43], anche quando il fondamento degli stessi poteva derivarsi da altre disposizioni costituzionali.

Il secondo indirizzo, che propende largamente per una interpretazione ampliativa, sganciata dalle disposizioni costituzionali diverse dall'art. 2, prende avvio a partire dalla metà degli anni Ottanta. Si può dire che in questo contesto la Corte faccia uso a tutti gli effetti della interpretazione per valori nelle sue diverse declinazioni, con una prima prevalenza

[37] S. Civitarese Matteucci, *La dignità umana come principio "autonomo" per giustificare la tutela dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022, 45 ss.

[38] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, in partic. 47; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, in partic. 55 ss. Si veda anche G. Zagrebelsky, *I diritti fondamentali oggi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992 e N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, XIV il quale A. dopo aver indicato lo sviluppo dei diritti costituzionali in diritti di libertà (prima generazione) e diritti sociali (seconda generazione), nell'enumerare tra i diritti di terza generazione i diritti alla comunicazione, alla qualità della vita, alla libertà informatica si chiede se si possa ancora parlare di diritti in senso proprio o di *aspirazioni o desideri*, aderendo alla riflessione di Jean Rivera dallo stesso riportata.

[39] L. Pirozzi, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in D. Morana (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2020, in partic. 17 ss.

[40] Per la ricostruzione che segue si veda S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 471 ss. come riportato in L. Pirozzi, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, cit. Si consulti anche F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

[41] Così Corte cost., sent. n. 188/1980. Nella precedente sent. n. 29/1962 la Corte afferma già che l'art. 2 «necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono particolarmente presi in considerazione».

[42] Così Corte cost., sent. n. 38/1973.

[43] Si tratta del diritto alla tutela giurisdizionale di cui il riconoscimento alla sent. n. 98/1965 e nella sent. n. 27/1969 della libertà di contrarre matrimonio.

nell'utilizzo della tecnica del combinato disposto[44] e con successiva tendenza all'utilizzo del solo art. 2, alla stregua di una fattispecie sostanzialmente aperta[45]. «Si tratta di una giurisprudenza che conduce la Corte molto vicina al legislatore costituzionale»[46].
Di tale ultima tendenza si trova riscontro anche nel filone giurisprudenziale – e parallelamente dottrinale – concernente la dignità umana, qualificata dalla Corte costituzionale come valore costituzionale «supremo», «che permea di sé il diritto positivo»[47]. Proprio lo sforzo di delimitare i connotati del valore dignità, tramite l'impiego di tecniche riconducibili al c.d. giudicare per valori, ha condotto alla constatazione per la quale i significati riconducibili allo stesso sono non solo meramente diversi ma finanche antitetici[48]. Di tale circostanza si trova atto anche a livello europeo, come si desume dalla nota giurisprudenza straniera sul c.d. lancio del nano in Francia[49] e sul c.d. *Peep show* in Germania[50].
È con la sentenza n. 63/1994 relativa alla segretezza delle comunicazioni telefoniche che la Corte costituzionale, sebbene nulla precludesse ad un riconoscimento dell'inviolabilità ai sensi dell'art. 15, c. 1, Cost., preferì individuarne il fondamento nell'art. 2, disposizione ritenuta capace di fornire la veste dell'inviolabilità alla segretezza delle comunicazioni telefoniche intesa quale diritto di libertà individuale e come «valore» (nelle stesse parole della Consulta) da porre in bilanciamento con il valore dell'interesse pubblico primario alla repressione dei reati. Nella sentenza della Corte n. 120/2001 relativa al diritto al nome, la Corte afferma che esso rientra nei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. Della tenuta di tale filone ermeneutico, seppur nella versione della tecnica del combinato disposto, si rinviene un riscontro nella sentenza della Corte n. 242 del 2019 nella parte in cui la Corte ribadisce che «il valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico (ordinanza n. 207 del 2018) [costituisce un] principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 438 del 2008 e n. 253 del 2009)»[51].
Sia i sostenitori della teoria giuspositivistica o formalistica, sia coloro che teorizzano una interpretazione sostanziale (o per valori o anche per principi) della Carta (la quale si declina in diverse sotto-teorie[52]), nonché coloro che propendono per soluzioni interpretative

[44] Corte cost., sent. n. 467/1991 che trae la rilevanza costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza dagli artt. 2, 19, 21 Cost. Per un commento si veda A. Musumeci, *Obiezione di coscienza e giudizio di legittimità nell'ottica dei valori*, in *Giur.cost.*, 1, 1992, 463 ss.
[45] Corte cost., sent. n. 404/1988 concernente il riconoscimento di un diritto fondamentale all'abitazione.
[46] Così R. Bifulco, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, in partic. 347 il quale afferma che «[s]tabilendo che nuovi diritti hanno una 'dimensione' costituzionale si attrae nell'orbita costituzionale qualcosa che in origine non vi era. Una funzione, questa, che dovrebbe essere riservata al legislatore in funzione di revisore costituzionale, non alla Corte costituzionale. Inoltre la sussunzione di un diritto 'legislativo' (si vuol dire riconosciuto dal legislatore ordinario, non dalla Costituzione) al rango di diritto fondamentale finisce per esporre il suddetto diritto alle mutevoli innovazioni del legislatore che lo ha 'istituito', rischiando così di far venire meno le caratteristiche dei diritti fondamentali».
[47] Rispettivamente Corte cost., sent. n. 414/1991 e Corte cost., sent. n. 293/2000 in G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e Società*, 1, 2011, 135 ss. Si veda anche F. Bilancia, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1993, 3007 ss., in partic. 3037 ss. il quale sottolinea la criticità dell'utilizzo della teoria dei valori, la quale rischia di esorbitare da sé stessa, rinviando ai bilanciamenti operati dalla Consulta nelle sentt. nn. 467/1991 e 235/1993 sopra richiamate relative al bilanciamento della dignità umana inteso come valore supremo con altri valori.
[48] P. Bilancia, *Dignità e fine vita in Europa*, in *Consulta Online*, 7 gennaio 2020.
[49] Conseil d'Etat, 25 ottobre 1985, n. 136727.
[50] BverfG, 9 luglio 1987, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 3246.
[51] Punto 2.3 del *Considerato in diritto*.
[52] La versione più estrema, minoritaria anche in giurisprudenza, della teoria dell'interpretazione per valori è stata individuata nell'approccio giusnaturalista. Secondo tale approccio il richiamo all'inviolabilità sarebbe da intendersi quale richiamo totale (Garbagnati) o parziale (Galeotti) al diritto naturale operato dal Costituente con

intermedie, dibattono sulle diverse gradazioni di una medesima tensione. Si tratta della tensione che vede ai due poli dell'interpretazione dell'art. 2 Cost., in riferimento al tema dell'ingresso nella Carta di nuovi diritti, da una parte la constatazione esplicita o implicita per cui il catalogo costituzionale dei diritti del 1947 è datato[53], e dall'altra la necessità di una interpretazione del catalogo medesimo ad opera dell'interprete (che sia il giudice ordinario, costituzionale o il legislatore, ciascuno dei quali suscettibili di apportare una dose di soggettivismo o di arbitrio[54] nel procedimento interpretativo) tale per cui il cittadino riceva la tutela che domanda. Tutela derivante dall'invasione della tecnica, e di cui nel 1947 non si poteva nemmeno immaginare la necessità.

È possibile dunque concludere affermando che la dignità si pone nel tragitto che ha portato all'emersione dell'eguaglianza e della libertà come principi a fondamento della democrazia. La dignità rappresenta la «sintesi» di tali due principi, rafforzati nel loro essere fondamento della democrazia[55], e si esprime con la modalità del rispetto dell'autodeterminazione della persona.

L'emergere delle tecnologie di intelligenza artificiale generativa, tuttavia, ha posto sfide inedite al nucleo della dignità umana così inteso, sollecitando una riflessione profonda sulle garanzie costituzionali in relazione non solo all'eguaglianza, libertà e autodeterminazione ma anche, come si vedrà più avanti, in rapporto specifico all'identità personale.

3. Il rilievo costituzionale dei principi in materia di protezione dei dati personali: il* GDPR *e l'*AI ACT *tra libertà, uguaglianza e autodeterminazione. È opportuno pertanto soffermarsi sul quadro normativo che *de iure condito*, in rapporto al *GDPR*, e *de iure condendo*, con riguardo all'*AI ACT* e agli strumenti nazionali di tutela, regola il fenomeno dell'IA e delle tecnologie che con essa si coniugano.

Innanzitutto, come detto, non appare una mera circostanza il fatto che la disciplina del *GDPR* è fatta espressamente salva negli altri regolamenti adottati nell'ambito delle strategie europee per i dati (tra i quali, a titolo esemplificativo, l'*Artificial Intelligence Act*, il *Data governance Act*, il *Digital Services Act*, il *Digital Markets Act* e il *Data Act*) – si veda *supra* par. 2 –, con attenzione specifica alla soluzione dell'eventuale antinomia che può crearsi con le singole discipline di dettaglio poste dai regolamenti stessi.

---

l'utilizzo del termine «riconosce». Per una analisi critica delle teorie derivanti dall'approccio normativo-formalistico si veda G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale,* cit. Si vedano anche F. Bilancia, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, cit., 3007 ss. e A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 35 ss.

[53] A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 44 il quale già affermava nel 2001 che «[d]i fronte ad un catalogo costituzionale dei diritti […] certamente 'datato', come del resto tutte le Costituzioni, ma tutt'ora valido con riferimento ai diritti ivi riconosciuti, è condivisibile la tesi dell'opportunità dell'aggiornamento di esso mediante leggi costituzionali che, con riferimento alle nuove tecnologie, predispongano diversificate misure di tutela della persona umana nella sua complessiva dimensione psico-fisica […], non è invece condivisibile la tesi secondo cui tale aggiornamento potrebbe essere realizzato con forzature interpretative oppure mediante la 'falsa' applicazione delle norme vigenti ad ipotesi strutturalmente incompatibili con la disciplina da esse prevista». Si veda anche A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 33, il quale nel ricercare le cause della accettazione della tesi dell'art. 2 come norma a fattispecie aperta individua la prima causa «che è la più intuitiva ma anche la più banale», nel fatto che l'articolato costituzionale «apparisse già *ab origine* datato», insieme alla circostanza della «incapacità delle forze politiche di porre mano a ritocchi, ancorchè minimi, alla parte prima della Costituzione».

[54] A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 56, nota 77, il quale riporta l'opinione di G. Alpa relativamente all'arbitro del giudice nell'interpretazione per valori in base alla quale il giudice dovrebbe privilegiare le scelte favorevoli all'opinione pubblica del momento. Si veda anche p. 60, nota 89, per le opinioni in merito di A. Baldassarre.

[55] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., in partic. 15.

Si pensi al Regolamento (UE) 2022/868 relativo alla governance europea dei dati (d'ora in poi, *DGA*)[56] che ha come obiettivo principale quello di favorire l'uso secondario dei dati pubblici protetti nel mercato interno dell'Unione europea (*data sharing*)[57] creando spazi comuni europei di dati affidabili, per quanto riguarda sia i versanti della ricerca sia dello sviluppo in ambito industriale e commerciale.

È infatti espressamente previsto che l'attuazione del *DGA* non impedisce il trasferimento transfrontaliero di dati personali verso paesi od organizzazioni internazionali terze in conformità al Capo V del *GDPR*. Ciò anche quando i dati personali e non personali di una serie di dati siano indissolubilmente legati[58]. I dati personali che il soggetto «riutilizzatore» intenda trasferire in paesi terzi, oltre che i dati misti, come appena descritti, rimangono dunque soggetti alla specifica disciplina del *GDPR*. Desta attenzione, inoltre, la previsione per la quale in caso di conflitto tra la disciplina prevista nel *DGA* e il diritto dell'UE in materia di dati personali o il diritto nazionale adottato conformemente al diritto dell'UE, il pertinente diritto dell'UE o nazionale in materia di protezione dei dati personali prevale[59]. A ben vedere, una simile clausola di salvaguardia del *GDPR* – sebbene astrattamente non necessaria in virtù del criterio di specialità della materia – è contenuta anche in un regolamento antecedente alla *Strategia europea per i dati*. Si tratta del Regolamento relativo alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea (Regolamento (UE) 2018/1807), laddove è espressamente previsto che il *GDPR* non è pregiudicato dall'applicazione del Regolamento europeo relativo alla libera circolazione dei dati non personali[60].

Tale ricorrente tecnica normativa non appare di secondo rilievo. È proprio dalla riconosciuta – ed espressamente ribadita, anche in casi nei quali la vigenza del criterio di specialità che regola gerarchia degli atti di diritto derivato non è messa in discussione – primazia del *GDPR* rispetto agli altri regolamenti europei, che emerge come il *GDPR* possa definirsi, in rapporto agli altri regolamenti adottati nell'ambito della *Strategia europea per i dati*, la normativa madre della disciplina della *data protection*.

La singolarità della previsione della prevalenza, in caso di contrasto nell'applicazione tra le discipline, a favore del *GDPR* serve dunque a superare due ragioni giuridiche consolidate: il fatto che il *GDPR* è normativa anteriore e dunque in caso di contrasto su aspetti da entrambi regolati o in rapporto a specifiche categorie di dati (quali i dati misti, come appena visto) prevarrebbe il *DGA*, e la circostanza per cui il *GDPR* è normativa speciale – ossia concernente esclusivamente il trattamento dei dati personali.

La necessità di porre una diversa disciplina giuridica è spiegabile solo se si accoglie la prospettiva per la quale sono i regolamenti europei adottati successivamente al *GDPR* che devono integrarsi con la disciplina a tutela dei dati personali proprio in quanto il *GDPR* contiene i principi generali a tutela della protezione dei dati personali cui sono ispirati gli impianti delle altre successive discipline, deputate a regolare i plurimi aspetti del mercato dei

[56] Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724.

[57] A. Iannuzzi, *I regolamenti intersettoriali per l'istituzione dei* «data spaces»: Data Governance Act *e* Data Act, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit.,107 ss.; Id., *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'Intelligenza Artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1, 2021, 31 ss.; D. Messina, *Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati)*, in A. Papa (a cura di), *Rassegna di legislazione e regolamentazione*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2/2022, 123 ss.

[58] Considerando 4, art. 1, par. 3, *DGA*.

[59] Considerando 4 *DGA*.

[60] Considerando 8 del Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

dati.
Chiarita l'angolazione che verrà adottata è possibile proseguire l'indagine con riguardo ai principi costituzionali che vengono in rilievo nell'elaborazione della disciplina giuridica dell'IA, come delineata nell'*AI ACT*, ancorando tale analisi alle concrete esplicazioni della dignità umana (si veda *supra* par. 2).
Preliminarmente viene in rilievo il principio di eguaglianza[61]. Tale principio costituisce uno strumento concreto per la realizzazione e lo sviluppo di un'IA affidabile, che pone al centro la persona[62]. A tal proposito, è possibile da subito rilevare come la struttura normativa dell'*AI ACT* si pone in continuità con la garanzia della necessità riconosciuta nel *GDPR* di evitare la presenza di pregiudizi per la persona all'interno delle tecnologie di IA, operando finanche nel ritenere vietato l'impiego di una data tecnologia, affinché non si verifichino *bias* che potrebbero avere effetti discriminatori sugli utenti dei sistemi artificiali[63]. Tale prospettiva si rinviene nell'articolato normativo dell'*AI ACT* relativo ai sistemi di IA che si basa sul c.d. *risk-based approach*, prevedendo più o meno elevati obblighi di conformità a seconda del rischio che *software* e applicazioni intelligenti possono causare a danno dei diritti fondamentali. A tal proposito, nel testo consolidato dell'*AI ACT* si distingue tra pratiche di IA vietate, sistemi di IA ad alto rischio e modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico. Mutuando i principi statuiti nel *GDPR* è dunque previsto che più alto è il rischio, maggiori sono gli oneri di *compliance* e le responsabilità degli sviluppatori delle applicazioni intelligenti (coerentemente con il noto principio di *accountability*). Si distingue, inoltre, tra modelli generali di IA con finalità generali (si tratta dei *general-purpose AI models* o *GPAI*) e sistemi di IA al fine di predisporre un sistema di disciplina quanto più possibile pervasiva (Considerando 97, art. 3, n. 63, *AI ACT*). Tale prospettiva è coniugata con quella, centrale nell'articolato normativo, delle pratiche di IA vietate (Capo II, art. 5, *AI ACT*), tra le quali l'impiego di tecniche subliminali o sistemi di IA che sfruttano le vulnerabilità di una persona o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica in modo da distorcerne il comportamento al fine di provocare a tale persona o ad altre un danno significativo (art. 5, par. 1, lett. *b)*, *AI ACT*).
Si noti come – già da una prima disamina, e proprio nell'ottica di una regolazione che renda l'uso dell'IA affidabile – è possibile constatare che, al fine precipuo di evitare l'obsolescenza della regolazione, la disciplina richiamata verte sui casi d'uso e non sulla tecnologia.
Su questa base, inoltre, si esclude che l'IA possa essere impiegata per alcune finalità individuate dalla stessa normativa considerate contrarie ai valori comuni dell'UE. Il riferimento, particolarmente significativo in rapporto all'indagine sulle tutele predisposte a garanzia del principio di eguaglianza, è ai sistemi di assegnazione di punteggi reputazionali, tra i quali vi è il c.d. *social scoring* o cittadinanza a punti[64]. Il Considerando 31 prevede

[61] G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2019, 213 ss.; A. Celotto (voce) *Art. 3, co. 1, Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivieri (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 65 ss.
[62] Si faccia riferimento a quanto dichiarato il 9 dicembre 2023 dalla Presidente Ursula von der Leyen, all'indomani del raggiunto accordo politico sull'*AI ACT*. Il discorso è reperibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_6474.
[63] M. Fasan, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCEonline*, 1, 2022, 181 ss.
[64] G. Cerrina Feroni, *Intelligenza artificiale e sistemi di "scoring" sociale. Tra distopia e realtà*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2023, 1 ss.; E. Di Carpegna Brivio, *Il "Reputation scoring" e la quantificazione del valore sociale*, in *Federalismi.it*, 18, 2022, 119 ss.; Id., *Pari dignità sociale e* Reputation scoring. *Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024; I. Rapisarda, *Autodeterminazione informativa e trattamento algoritmico dei dati personali. Il caso del* rating reputazionale, in *Dir. di fam. e delle persone*, 4, 2023, 558 ss.; A. Vigorito, *Sul crinale tra* data altruism *e* social

espressamente che «[i] sistemi di IA che permettono ad attori pubblici o privati di attribuire un punteggio sociale alle persone fisiche possono portare a risultati discriminatori e all'esclusione di determinati gruppi. Possono inoltre ledere il diritto alla dignità e alla non discriminazione e i valori di uguaglianza e giustizia». Pertanto, debbono ritenersi pratiche di IA vietate (art. 5, par. 1, lett. *c)*, *AI ACT*). A tal riguardo, anche il Garante per la protezione dei dati personali ha comunicato di aver avviato tre istruttorie aventi ad oggetto «una serie di progetti promossi da soggetti pubblici e privati, che prevedono l'assegnazione di punteggi anche riguardo a raccolte di dati conferiti 'volontariamente' dagli interessati»[65].

Arricchiscono tale scenario di tutela le previsioni relative al riconoscimento biometrico, nonché l'identificazione biometrica remota in tempo reale ai quali il Regolamento dedica numerose disposizioni. In rapporto allo specifico profilo della garanzia del principio di uguaglianza è possibile notare che sono vietati l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di categorizzazione biometrica (art. 5, par. 1, *lett.* g), *AI ACT*) che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale, con eccezione per l'impiego nei settori dell'attività di contrasto. Nonché l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale (art.5, par. 1, lett. *h)*, *AI ACT*) in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, con eccezione specifica in rapporto ad alcuni reati e finalità.

Dalla ricostruzione effettuata (si veda *supra* par. 2) è emerso come il secondo nucleo di esplicazione del valore della dignità è riposto nel principio di libertà e di autodeterminazione. L'indagine – condotta senza voler operare una vana distinzione, oltremodo rigida che pertanto si esaurirebbe in un mero esercizio teorico – pone in luce come alcune tutele siano poste a garanzia anche del principio di eguaglianza. In primo luogo, si considerino quelle predisposte in rapporto alle pratiche di IA vietate (art. 5 *AI ACT*) a partire dal nucleo più riposto della protezione dei dati personali. Si tratta del punto più recente di ricaduta dell'IA applicata al corpo in quanto avente attinenza alla protezione di dati particolari che potrebbero essere impiegati per finalità contrarie alla persona. Come è possibile constatare, le eccezioni sono numerose in quanto tali dati possono, per la loro natura e in rapporto alle finalità dei trattamenti, rientrare anche nella categoria dei dati sanitari.

In primo luogo, occorre rilevare che la tutela della libertà e della autodeterminazione comporta che ogni persona coinvolta e interessata dall'applicazione dell'IA deve potersi liberare dalla determinazione algoritmica. A tal fine la tecnica di tutela predisposta nel Regolamento è articolata. È previsto, innanzitutto, un obbligo intrinseco che ricade sugli sviluppatori e *deployer*, ossia gli utilizzatori come individuati nel Regolamento[66], di sorveglianza umana (art. 14 *AI ACT*) in rapporto all'impiego lecito dei sistemi ad alto rischio appena considerati; ciò al fine di prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali degli utenti. Vi sono poi obblighi estrinseci di notifica e trasparenza da parte dei fornitori, a meno che i sistemi di IA non siano comunemente riconoscibili, tali da permettere agli utenti di azionare la possibilità di rifiutare l'uso dell'IA

scoring: *esperienze applicative della sequenza dati-algoritmi nel nuovo contesto regolatorio europeo*, in *MediaLaws*, 1, 2023, 104 ss.

[65] Comunicato stampa dell'8 giugno 2022, *"Cittadinanza a punti": il Garante privacy ha avviato tra istruttorie. Preoccupanti i meccanismi di scoring che premiano i cittadini "virtuoso"*, doc-web n. 9778361.

[66] Ai sensi del Considerando 13 e dell'art. 3, n. 4, *AI ACT* il *deployer* è «qualsiasi persona fisica o giuridica, compresi un'autorità pubblica, un'agenzia o altro organismo, che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, salvo nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale. A seconda del tipo di sistema di IA, l'uso del sistema può interessare persone diverse dal *deployer*».

nei processi decisionali e di non essere destinatari di decisioni e scelte elaborate da tali sistemi artificiali (Considerando 132, Capo IV, Sezione 3, artt. 50 ss. *AI ACT*).
In secondo luogo, rilevano le tutele previste in caso di uso di strumenti di IA coniugati a tecnologie che impiegano interfacce cervello-computer o realtà virtuale e tecnologie di riconoscimento delle emozioni. Il Considerando 16 dell'AI ACT, all'esito dell'introduzione degli emendamenti del Parlamento europeo del 14 giugno 2023, annoverava tra i sistemi vietati di IA, «le neurotecnologie assistite da sistemi di IA che sono utilizzate per monitorare, sfruttare o influenzare i dati neurali raccolti attraverso interfacce cervello-computer nella misura in cui distorcono materialmente il comportamento di una persona fisica in un modo che provoca o può provocare un danno significativo a tale persona o a un'altra». All'esito dell'accordo raggiunto in sede di trilogo l'8 dicembre 2023 il testo del Considerando 16 è stato sostituito ed è stato previsto un nuovo Considerando 29 in base al quale sono vietati «[l]'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento umano, con il rischio di causare danni significativi, in particolare aventi effetti negativi sufficientemente importanti sulla salute fisica, psicologica o sugli interessi finanziari» in quanto […] [t]ali sistemi di IA impiegano componenti subliminali quali stimoli audio, grafici e video che le persone non sono in grado di percepire poiché tali stimoli vanno al di là della percezione umana o altre tecniche manipolative o ingannevoli che sovvertono o pregiudicano l'autonomia, il processo decisionale o la libera scelta di una persona senza che ne sia consapevole o, se ne è consapevole, senza che sia in grado di controllarle o resistervi o possa evitare l'inganno. Ciò potrebbe essere facilitato, ad esempio, da interfacce cervello-computer o dalla realtà virtuale, in quanto queste consentono un livello più elevato di controllo degli stimoli presentati alle persone, nella misura in cui possono distorcerne materialmente il comportamento in modo significativamente nocivo»[67].
Dato il rilievo costituito dalle ricadute che il trattamento di tali dati può avere sulla persona non mancano, come detto, le eccezioni a tale divieto. Si tratta degli usi di tali tecnologie ritenuti leciti in quanto a fini terapeutici ma anche – in base a un enunciato non molto chiaro – in caso di «pratiche commerciali comuni e legittime, ad esempio nel settore della pubblicità» (Considerando 16 *AI ACT*).
Infine, rilevano le regole di trasparenza armonizzate per i sistemi di riconoscimento delle emozioni. Un sistema di riconoscimento delle emozioni è «un sistema di IA finalizzato [a] identificare o inferire emozioni o intenzioni di persone fisiche, sulla base dei loro dati biometrici. La nozione si riferisce a emozioni o intenzioni quali felicità, tristezza, rabbia, sorpresa, disgusto, imbarazzo, eccitazione, vergogna, disprezzo, soddisfazione e divertimento. Non comprende stati fisici, quali dolore o affaticamento» (Considerando 18, 44, art. 3, n. 39, *AI ACT*). Tali sistemi sono ritenuti leciti se impiegati per finalità terapeutiche o di sicurezza, ma sono espressamente vietati se impiegati nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione (art. 5, par. 1, *lett.* f), *AI ACT*).
Come è possibile notare, in tutti i casi in cui i sistemi ad alto rischio sono considerati leciti la tutela dell'autodeterminazione della persona si sostanzia nel ricorso al principio di trasparenza senza che, in qualche modo, rilevi la base giuridica del consenso dell'interessato se non nei casi in cui questo è prestato come consenso informato nel caso dell'impiego

[67] Per un approfondimento relativo alle criticità e alle prospettive concernenti l'impiego delle interfacce cervello-computer in una prospettiva costituzionale comparata si veda N. Reche Tello, *Mens iura fondamentalia: la neurotecnologìa ante la constitucion*, A Coruña, 2, 2024. Riferimenti all'esperienza costituzionale brasiliana sul tema si rinvengono in G. Bezerra Sales Sarlet, L. Reckziegel Weschenfelder, *El constitucionalismo digital brasileño: un enfoque desde la experiencia constitucional de Chile ante la protección de los datos neuronales*, in AA. VV., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, cit., 755 ss.

Issn 2421-0528

dell'IA per trattamenti medici conformemente alle leggi e alle norme applicabili in ambito medico (Considerando 29 *AI ACT*) o al fine di partecipare a prove in condizioni reali al di fuori degli spazi di sperimentazione normativa per l'IA (art. 61 *AI ACT*). L'adeguatezza di tale soluzione ai fini della garanzia dell'autodeterminazione e libertà del singolo potrà essere confermata solo dalla concreta applicazione del Regolamento. Nel momento in cui si scrive ci si limita a rilevare come essa si pone nel solco di quella che può essere definita l'obsolescenza del consenso, quale base giuridica di legittimità posta a tutela della circolazione dei dati personali in rapporto alle tecnologie di IA[68].

4.* Deepfake *e* AI fake news*. La disciplina prevista dall'*AI ACT *e l'intreccio con la proposta di legge nazionale. Gli algoritmi di apprendimento automatizzato e le reti neurali artificiali, il cui funzionamento è caratterizzato da opacità[69] – come rappresentato in numerose occasioni anche dalla giurisprudenza amministrativa[70] – attingono ai *big data* generando contenuti sempre più realistici e inaspettati, anche agli sviluppatori e *deployer* (si veda *supra* par. 3).

Il crescente ricorso a questi contenuti pone diverse criticità, dall'autenticità e verifica delle fonti, alla tutela del diritto d'autore e della propria immagine, al contrasto della disinformazione[71] e alla responsabilità per diffamazione[72].

---

[68] A sostegno di questa tesi sia consentito rinviare alle argomentazioni più analitiche svolte in S. Trozzi, *Il principio della finalità del trattamento dei dati personali alla prova dei recenti sviluppi in tema di intelligenza artificiale: il caso ChatGPT e la* neuroprivacy, in *Federalismi.it*, 1, 2024, 197 ss., in partic. 215 ss.

[69] F. Pasquale, *The Black box society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015, 144 ss.

[70] Fin dalla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. In tema di trasparenza del funzionamento dell'algoritmo quale principio cardine in materia di sistemi automatizzati e di IA con riferimento alle decisioni amministrative algoritmiche si vedano anche le sentenze Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474 e ancora Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, e Cons. Stato, 2 febbraio 2021, n. 1206. Da tali pronunce si evincono i principi il cui rispetto è garanzia per i diritti del cittadino in rapporto all'impiego dell'IA nei processi decisionali pubblici, ossia il principio di conoscibilità dell'algoritmo in base al quale l'interessato ha diritto di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, il principio di non esclusività della decisione algoritmica concernente la necessità dell'esistenza di un intervento umano in grado di intervenire sulla decisione automatica e, infine, il principio di non discriminazione algoritmica secondo il quale il titolare deve utilizzare sistemi di IA affidabili, opportunamente addestrati su set di dati di qualità e sufficientemente rappresentativi. A tal proposito si vedano C. Colapietro, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 5, 2023, 151 ss.; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2023, 515 ss.; L.M. Azzena, L'algoritmo nella formazione della decisione amministrativa: l'esperienza italiana, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 123, 2021, 503 ss.; S. Civitarese Matteucci, *"Umano troppo umano". Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2019, 5 ss.

[71] J.F. Sanchez Barillao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws*, 2, 2021, 44 ss.; F. Vecchio, Fake news*, libre mercado de ideas y auctoridad pùplica de la verdad desde la perspectiva del constitucionalismo digital*, in AA. VV., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, cit., 355 ss.; L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero…in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, 26, 2021, 1 ss.; O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws*, 2017; G. Palombino, *Le fake news al tempo del coronavirus: note alle ordinanze 41450/2020 del Tribunale di Roma e 13489, 20390 e 26248 del Tribunale di Milano*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 29 settembre 2021.

[72] Con specifico riguardo a tale tecnologia si vedano U. Ruffolo, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata, in European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2023, 9 ss.
M. Mezzanotte, *Fake news, deepfake e sovranità digitale nei periodi bellici*, in *Federalismi.it*, 33, 2022, 44 ss.; F. Bertoni, *Deepfake, ovvero Manipola et impera. Un'analisi sulle cause, gli effetti e gli strumenti per la sicurezza nazionale, nell'ambito dell'utilizzo malevolo dell'intelligenza artificiale ai fini di disinformazione e propaganda*, in *Ciberspazio e diritto*, 1-2, 2019, 11 ss.; M. Cazzaniga, *Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in *MediaLaws*, 6, 2023, 170 ss. Si veda anche l'approfondito studio EPRS, *Tackling deepfakes in European policy,* luglio 2021, tramite

Tale avvertita esigenza di tutela dei diritti della persona, che si traduce – come visto – in obblighi minimi di trasparenza e informazioni da fornire agli utenti finali, è espressamente prevista nella disciplina del Capo IV dell'*AI ACT*, relativo agli obblighi di trasparenza per i fornitori e i distributori di certi sistemi di IA e modelli di IA di uso generale. Tra questi ultimi sono indicati non solo i sistemi di intelligenza artificiale destinati a interagire direttamente con le persone e i sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica ma anche i contenuti c.d. *deepfake* e *AI fake news* – di cui ora si dirà.

La possibilità di generare contenuti falsi o manipolati in modo convincente, con implicazioni in ambito giornalistico, politico e sociale, è resa possibile tramite i c.d. *deepfake*[73], ossia – nella definizione data nell'art. 3, n. 60, *AI ACT* – un contenuto audio, video o immagine generato o manipolato dall'IA che assomiglia significativamente a persone, luoghi o eventi esistenti e che potrebbe sembrare autentico[74]. L'analisi più attenta della normativa conduce a ritenere che l'introduzione di obblighi minimi di trasparenza, più stringenti rispetto a quelli finora considerati (si veda *supra* par. 3), per i fornitori e *deployer* che utilizzano i sistemi di IA che generano contenuti *deepfake*, riguarda anche i fornitori e *deployer* che utilizzano i sistemi di IA in grado di creare contenuti consistenti in testi «generati o manipolati dall'IA «pubblicat[i] allo scopo di informare il pubblico su questioni di interesse pubblico» (art. 40, n. 4, Considerando 134 *AI ACT*)[75]. Trattandosi, pertanto, di una nuova tipologia di *fake news*, prodotte specificamente tramite IA generativa, ci si chiede se esse possano opportunamente definirsi *AI fake news*. Tuttavia, si ritiene necessario precisare che la nozione di *AI fake news* non si rinviene in alcun testo normativo, tantomeno nell'*AI ACT*. Nonostante ciò, la previsione concernente gli obblighi previsti a tutela dei diritti della persona relativi ai contenuti audio, video o immagine, nonché ai testi generati o manipolati da sistemi di IA, di cui all'articolato normativo all'esame, sebbene non la espliciti come invece accade per i *deepfake* sembra – a parere di chi scrive – sottenderla in quanto dedica a tale ultima tipologia di contenuti specifiche previsioni, del pari di quelle previste per gli altri contenuti.

A tal proposito, avuto riguardo alle tutele previste, risulta centrale la previsione di cui all'art. 50, par. 4, *AI ACT*, come chiarita anche dal Considerando 134. Nel caso specifico di *deepfake*, invero, fornitori e *deployer* devono chiaramente indicare che il contenuto è stato creato o manipolato artificialmente, etichettando di conseguenza l'output dell'intelligenza artificiale e divulgandone l'origine artificiale. Un analogo obbligo è previsto in capo ai fornitori e *deployer* di un sistema di IA che genera o manipola un testo pubblicato allo scopo di informare il pubblico su questioni di interesse pubblico. In tale caso essi rendono noto che il testo è stato generato o manipolato artificialmente. È prevista un'eccezione a tali obblighi, per entrambe le previsioni, in caso di usi autorizzati dalla legge per rilevare, prevenire, indagare e perseguire

---

il quale sono stati identificati i principali aspetti di tutela dei diritti della persona che i responsabili politici devono prendere in considerazione per prevenire gli impatti negativi dei *deepfake*.

[73] Le tecnologie *deepfake*, sviluppate come ausilio agli effetti speciali cinematografici, erano inizialmente molto costose e poco diffuse. L'espressione *deepfake* è stata coniata nell'ambito della piattaforma sociale *Reddit*. Si trattava del nome dell'utente che aveva creato e reso disponibile *FakeApp*, applicazione di IA creata con lo scopo di fare satira e successivamente diffusa in altri ambiti. Su tale genesi si veda D.L. Suying, *Deep fakes and Disinformation in Asia*, in M. Filimowicz (a cura di), *Deep Fakes. Algorithms and Society*, New York, 2022, in partic. 25.

[74] Queste tecniche si differenziano significativamente dall'approccio tradizionale della programmazione, nel quale un programmatore definisce un algoritmo che sia in grado, attraverso la codifica di una serie di operazioni, di trasformare deterministicamente dei dati di input nei dati di output desiderati. Nell'IA, invece, anziché concentrarsi sulla formalizzazione di un algoritmo deterministico si costruisce un modello (secondo un approccio induttivo o deduttivo) in grado di catturare le informazioni necessarie per derivare conoscenza in modo automatico a partire dai dati disponibili. Sul tema si veda N. Cristianini, *La scorciatoia*, Bologna, 2023.

[75] Tra questi sistemi di IA vi è *AI News Generator* della società *Open AI*.

reati.
Non manca, nel contesto di tale disciplina, l'attenzione riposta nel bilanciamento con altri diritti e libertà. È difatti espressamente previsto, per i contenuti *deepfake*, che tale obbligo di trasparenza non deve essere interpretato come un impedimento al diritto alla libertà di espressione e alla libertà delle arti e delle scienze come garantiti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in particolare quando il contenuto faccia parte di un'opera evidentemente creativa, satirica, artistica o di finzione, sebbene debbano comunque essere rispettate adeguate tutele per i diritti e le libertà di terzi (Considerando 134 *AI ACT*). In questo caso gli obblighi di trasparenza si limitano alla divulgazione dell'esistenza di tale contenuto generato o manipolato in modo da non compromettere la visualizzazione o il godimento dell'opera. Di tal guisa l'obbligo di informare che il testo è stato generato o manipolato artificialmente non si applica se il contenuto generato dall'IA è stato sottoposto a un processo di revisione umana o di controllo editoriale, e una persona fisica o giuridica detiene la responsabilità editoriale della pubblicazione del contenuto[76].

La tutela predisposta non è scissa da altre previsioni volte a indirizzare in senso antropocentrico l'impiego delle tecnologie *deepfake* e *AI fake news*. Si tratta del previsto coordinamento con la disciplina relative alla gestione delle segnalazioni di contenuti illegali che i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni ricevono, secondo quanto previsto dal Regolamento (UE) 2022/2065, noto come *Digital Services Act* (*DSA*)[77] (Considerando 136 *AI ACT*).
Si colloca in tale contesto la proposta di legge nazionale presentata nell'ottobre scorso[78] che, in attesa di un quadro regolatorio complessivo, anche in attuazione dei regolamenti europei, mira a introdurre disposizioni normative per assicurare la trasparenza nella pubblicazione e diffusione di contenuti prodotti mediante sistemi di intelligenza artificiale, prevedendo l'etichettatura univoca, ad esempio «*AI made*/prodotto da IA» o filigrana, secondo modalità definite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con proprio regolamento, la quale è anche responsabile del monitoraggio e dell'applicazione della legge in oggetto. La proposta si pone in linea con i risultati degli studi finora condotti a livello europeo[79] in merito alle soluzioni di etichettatura per i contenuti *deepfake*.
Si noti come, coerentemente con quanto previsto dall'*AI ACT*, anche la proposta di legge pone attenzione a tutti i contenuti editoriali, non soltanto video, immagini e voci ma anche testi che sono creati in tutto o in parte da sistemi di IA. Inoltre, in aggiunta a quanto previsto del Regolamento, è specificato[80] che l'etichetta e l'avviso agli utenti – avviso del fatto che il contenuto è stato creato in tutto o in parte da un sistema di IA – devono essere riportati e forniti all'inizio e alla fine del contenuto.
È infine prevista l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 67, c.

---

[76] È compito dell'Ufficio europeo per l'IA, «*European Artificial Intelligence Office (AI Office)*», istituito tramite l'*AI ACT* (art. 3, n. 47, *AI ACT*), incoraggiare e facilitare la creazione di codici di condotta a livello dell'Unione per agevolare l'attuazione efficace degli obblighi relativi al rilevamento e all'etichettatura dei contenuti artificialmente generati o manipolati (art. 50, n. 7, *AI ACT*). Inoltre, è attribuito alla Commissione europea il potere di adottare atti di esecuzione sull'applicazione delle disposizioni relative all'etichettatura e alla rilevazione di contenuti generati o manipolati artificialmente.
[77] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Per una ampia anali si veda M. Orofino, *Il* Digital Service Act *tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., 134 ss.
[78] A.C. 1514 d'iniziativa parlamentare presentata il 25 ottobre 2023.
[79] R. Hamon, I. Sanchez, D. Fernandez Llorca, E. Gomez, *Generative AI Transparency: Identification of Machine-Generated content*, European Commission, Ispra, 2024; EPRS, *Generative AI and watermarking*, dicembre 2023.
[80] Art. 2, c. 2 della proposta A.C. 1514.

9, *Testo unico dei servizi di media audiovisivi* (d.lgs. n. 208/2021)[81].

5. Considerazioni conclusive. Il diritto all'identità personale come cardine della protezione della dignità della persona nell'era del deepfake. La diffusione di prodotti dell'IA generativa, in special modo *deepfake* e *AI fake news* – questi ultimi come definiti in questo lavoro (si veda *supra* par. 4) – è notevolmente aumentata e con essa i molteplici rischi ad essa connessi. Tra questi, come visto, vi è il pericolo derivante dall'impiego di tali tecnologie allo scopo di influenzare l'opinione pubblica, con conseguente ricaduta sulla tutela dell'autodeterminazione informativa[82].

Fin dalle sue prime sentenze la Corte costituzionale si è soffermata sul carattere fondamentale dell'art. 21 Cost., in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico»[83], sia nella sua declinazione di libertà di informare, che di essere informati. Il tema della disinformazione online[84] è centrale ma non è l'unico aspetto della tutela dei diritti della persona ad essere coinvolto[85].

È altresì vero, come sancito dalla Consulta, che nella complessa dinamica delle relazioni sociali che si basano e si nutrono di informazioni, il diritto all'identità personale assume un rilievo primario. Averne riguardo completa l'indagine condotta nel presente scritto, nel solco del «principio di dignità»[86]. Esso rientra tra i diritti che formano il «patrimonio irretrattabile della persona umana»[87], tutelati e garantiti dall'art. 2 Cost., norma che tutela la persona umana

[81] In tale contesto non mancano iniziative di autoregolazione. Il 16 gennaio 2024 la società *Open AI*, gestrice di *ChatGPT*, ha adottato delle linee guida interne contro l'uso dell'IA nelle campagne di disinformazione, primariamente in ragione delle numerose tornate elettorali che si avvicenderanno nel 2024 in tutto il mondo. Il documento è consultabile al seguente link https://openai.com/blog/how-openai-is-approaching-2024-worldwide-elections. *Open AI* ha assunto l'impegno di anticipare minacce come i *deepfake* ingannevoli, le operazioni di influenza su larga scala e l'impiego di *chatbot* per impersonare candidati nel corso delle elezioni. Inoltre, per quanto concerne i contenuti generati o manipolati da IA la medesima società ha assunto l'impegno di segnalare contenuti riconosciuti come tali e, con apposito strumento, ha invitato gli utenti a etichettare i propri contenuti *deepfake* contestualmente alla pubblicazione dello stesso.

[82] A. Papa, *L'impatto della disintermediazione informativa nei processi di formazione dell'opinione publica. Quale (problematica) prospettiva nella "democrazia della comunicazione"*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 1, 2022, 7 ss., in partic. 14 ss.

[83] Corte cost., sent. n. 84/1969, punto 5 del *Considerato in diritto*. Si vedano A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; P. Barile, S. Grassi, *Informazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, App. IV, Torino, 1983; P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.*, VIII, Torino, 1993.

[84] Della vasta bibliografia sul tema della libertà di manifestazione del pensiero in questa sede è possibile citare solo S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. Paladin, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 383 ss. Con particolare riguardo al tema della disinformazione online si veda A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2021, in partic. 55-75; Id., *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 1, 2017, 1 ss.; Id., *L'impatto della disintermediazione informativa nei processi di formazione dell'opinione publica. Quale (problematica) prospettiva nella "democrazia della comunicazione"*, cit.; P. Bilancia, *El difícil control de la malinformación y la desinformación en los sistemas democráticos contemporáneos*, in AA. VV., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, cit., 2023, 367 ss.

[85] Anche il cyberbullismo è tra i rischi connessi all'uso di *deepfake* in quanto tramite tale tecnologia possono essere creati contenuti per denigrare e screditare le persone coinvolte.

[86] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., in partic. 14.

[87] Corte cost., sent. n. 13/1994, punto 5.1 del *Considerato in diritto*, con commento di A. Pace, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1994, 103 ss.

considerata complessivamente e in tutti i suoi modi di essere[88].
A ben vedere, difatti, l'obiettivo di orientare in senso antropocentrico il funzionamento e l'uso delle più recenti tecnologie, tra le quali la tecnologia *deepfake*, presuppone un costante e parallelo intervento di regolazione giuridica, sia in termini di regole armonizzate, sia in attuazione dei margini di manovra rimessi agli Stati[89], e ciò al fine di garantire sempre più efficaci modalità di tutela del diritto all'identità personale, del rispetto della persona e delle prerogative all'uopo apprestate. La persona, la cui identità compare in un *deepfake*, perde il dominio non solo sulla propria immagine ma anche sulle proprie convinzioni e sui propri pensieri, che vengono distorti tramite la rappresentazione di dichiarazioni e azioni che non hanno corrispondenza nella dimensione della realtà.
In definitiva ciò comporta una lesione della sfera di dominio che l'individuo ha sui propri dati personali che, a ben vedere, con dovuta eccezione per le previsioni dell'*AI ACT* prese in considerazione in questo saggio, ancora manca di un compiuto sostrato tangibile per il diritto in termini di effettività della tutela[90]. Ciò per svariate ragioni, che possono ravvisarsi sia nella mancata cogenza delle previsioni in materia, che ancora si collocano nella prospettiva *de iure condendo* a livello europeo e nazionale, sia con riguardo al fondamento costituzionale della tutela che può essere colto con immediatezza solo con riguardo alla dignità della persona, che rappresenta la «sintesi» di eguaglianza e libertà e si esprime con la modalità del rispetto dell'autodeterminazione della persona[91]. Come emerso da questa indagine (si veda *supra* par. 2) anche la ricorrente tecnica di tutela dei dati personali (che vede, per il tramite delle clausole generali di rinvio al *GDPR* riportate nei numerosi regolamenti in materia, il *GDPR* medesimo collocarsi al rango di normativa madre nell'ambito del sistema delle fonti europee di rango primario) se da una parte conduce al consolidamento di un minimo comune di tutela, dall'altro rischia di indebolirne la portata tramite una stratificazione dovuta alla frammentazione dei settori del mercato dei dati e al tentativo di tutelare i dati di soggetti fragili (tra i quali i minori[92]). Si aggiunga la continua evoluzione di tali tecnologie che di fatto sfuggono a una concreta, compiuta, sistematizzazione anche ad opera del diritto.
In breve, i *deepfake* possono generare realtà e contesti inesistenti, rappresentando una minaccia per la dignità dell'individuo coinvolto senza il proprio consenso[93]. L'utilizzo del *deepnude*, quale particolare tipologia di *deepfake* tramite la quale la persona, del tutto ignara, può essere rappresentata in situazioni compromettenti rappresenta un rischio estremo per la tutela dell'identità personale. Tali contenuti possono facilmente essere impiegati per intimidire l'individuo al fine di sottoporlo a estorsioni in cambio della mancata diffusione e cancellazione.
È dunque possibile cogliere lo stretto legame intercorrente tra l'impiego delle tecnologie

[88] P. Zatti, *Il diritto all'identità personale e l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost.*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto alla identità personale. Un seminario promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e del Centro Studi e Documentazione Giuridica*, Padova, 1981, 53 ss.
[89] B. Ponti, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, cit., in partic. 26.
[90] In tal senso si può richiamare l'insegnamento di R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.
[91] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., in partic. 15.
[92] G. Cámara Villar, *Diritto all'educazione, pluralismo e società aperta nell'era digitale*, cit.
[93] Tale esigenza di tutela appare senz'altro recepita nel dibattito USA che ha condotto al *No AI Fraud Act* (la proposta è consultabile al link https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/6943/titles?s=1&r=29; tra le proposte in materia vi è anche il *Deep Fakes Accountabiliy Act* consultabile al link https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/2395/text), la proposta di legge in cui si riconosce ufficialmente che ogni individuo ha un diritto di proprietà sulla propria immagine e voce, rendendo di fatto illegale l'uso dell'intelligenza artificiale per la clonazione di una persona.

deepfake e il rispetto dell'identità personale proprio nel riconoscimento di quest'ultima quale «diritto a non vedere travisare la propria personalità individuale»[94], come sancito nella decisione che segna l'ingresso nel nostro ordinamento giuridico del diritto in oggetto[95].
La Suprema Corte ha difatti affermato come sia meritevole di tutela l'interesse del soggetto a «essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta […] [Si tratta dell'interesse] a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale»[96].
In altre parole, come statuito dalla Corte medesima in un noto caso, l'identità personale consiste nel «bene-valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità»[97]. Potrebbe, dunque, dirsi che l'identità personale possiede una *vis expansiva* tale per cui, lungi dall'essere mera individuazione del soggetto cui si riferisce, si sostanzia nella espressione della personalità individuale all'interno della società, in quel «diritto ad essere se stesso»[98] connaturato, appunto, alla dimensione sociale dell'individuo[99].
A partire da tali pronunce, a bene vedere, è stato effettuato un uso sempre più esteso e un riferimento sempre più costante a tale diritto, con conseguente espansione del suo oggetto. Il riferimento è al riconoscimento, avvenuto ad opera della Consulta, nel solco dell'art. 2 Cost., del diritto a ottenere un cognome rappresentativo della compagine familiare[100], e del diritto a conoscere le proprie origini[101], nonché del diritto all'identità di genere[102].
Nelle more della chiusura di questo scritto, la Corte costituzionale si è pronunciata sul riparto di competenza legislativa concernente la disciplina del trattamento dei dati personali tramite la sentenza n. 69 del 2024[103]. La dichiarata incostituzionalità della disposizione della legge regionale della Regione Puglia che prevedeva ai fini dell'accreditamento delle strutture sociosanitarie l'istallazione di sistemi di videosorveglianza quale forma di prevenzione di condotte di maltrattamento o di abuso in danno di persone vulnerabili, sottende la scelta, insita nel sistema multilivello di tutela della protezione dei dati personali, di valorizzare un nucleo irriducibile e condiviso tra gli Stati di tutela della persona in rapporto alla protezione dei propri dati personali. Pertanto, sarà compito del legislatore statale, nell'ambito del margine di manovra che i regolamenti europei gli lasceranno, disciplinare la concreta attuazione di tali

[94] Pretore di Roma, 6 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1974, c. 514. Sull'argomento A. Gambaro, *Diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 519 ss.
[95] G. Alpa, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 1989, 464 ss.; Id., *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021; V. Zeno-Zencovich (voce) *Identità personale, Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino 1993, 301 ss.; G. Pino, *L'identità personale*, in AA. VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. II, Torino, 2005, 367 ss.; C. Leanza, *L'identità personale nell'era telematica: l'identità digitale*, in *Dir. di fam. e delle persone*, 4, 2023, 1807 ss.
[96] Cass., sez. I civ., sent. n. 3769/1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 647.
[97] Cass., sez. I civ., sent. n. 978/1996, in *Foro it.*, 1996, I, 1253.
[98] Corte cost., sent. n. 13/1994, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*
[99] «[L]'identità è il frutto di interazioni sociali, che si radica sì nello spazio privato, ma poi si esplicita e si precisa nello spazio pubblico», così V. Zeno-Zencovich (voce) *Identità personale*, cit., in partic. 301.
[100] Oltre alla già citata Corte cost., sent. n. 13/1994, vi sono anche le sentenze n. 297/1996, n. 120/2001 e n. 131/2022.
[101] Corte cost., sentt. n. 216/1997, n. 170/1999, n. 112/1999; Corte cost., sentt. n. 494/2002, n. 425/2005, n. 278/2013, n. 272/2017 e sent. nn. 32/2021 e 33/2021.
[102] Corte cost., sentt. n. 98/1979, n. 161/1985, n. 221/2015, nn. 180/2017 e 185/2017.
[103] Anche nella precedente sent. n. 2712005 la Consulta si era pronunciata sul riparto di competenza in materia. In commento v. S. Foà, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 3/2006, 1 ss.

tecnologie avendo riguardo al fatto che i vincoli posti in Costituzione, come noto, operano essenzialmente in via negativa e pertanto nell'interpretazione degli stessi in rapporto alle nuove tecnologie algoritmiche egli dovrà averne riguardo, nel compito di preservare il contenuto di stampo pluralista di cui la Costituzione è permeata.

Inoltre, nel maggio 2024, è stata adottata la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto[104]. L'art. 7 della Convenzione, rubricato «*Human dignity and individual autonomy*», prevede che «*[e]ach Party shall adopt or maintain measures to respect human dignity and individual autonomy in relation to activities within the lifecycle of artificial intelligence systems*».

Il rilievo è particolarmente significativo ai nostri fini. La necessità di un quadro normativo armonizzato che garantisca che la tecnologia, guidata dagli algoritmi, operi in armonia con i principi giuridici fondamentali che governano la nostra società, porta ad una riduzione del rischio che i valori algoritmici possano sovrastare i valori giuridici condivisi[105] nel funzionamento delle più recenti tecnologie di IA.

In quest'ottica, non è da trascurarsi il dato per cui l'art. 1, d.lgs. n. 199/2003, c.d. *Codice privacy*, normativa nazionale di rango primario di riferimento per la materia, oggi integrata con le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento al Regolamento (UE) 2016/679, prevede che «[i]l trattamento dei dati personali avviene […] nel rispetto della dignità umana, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona»[106].

Come emerso dall'indagine condotta nel presente scritto, invero, il passaggio dalla società digitale a quella algoritmica ha generato una rinnovata e più profonda riflessione giuridica. Far luce sulle caratteristiche del paradigma di garanzia costituzionale dei diritti della persona in rapporto alle tecnologie di IA e più recentemente di IA generativa, conduce a prendere atto del fatto che le garanzie previste a tutela dei principi di eguaglianza, libertà e autodeterminazione non possono non convergere con riguardo alla prerogativa dell'individuo di mantenere il dominio sui propri dati in rapporto ai sistemi di IA. Si tratta dei principi che costituiscono le fondamenta su cui si basa l'intero sistema giuridico, recentemente condivisi anche a livello sovranazionale proprio in rapporto alla tutela della dignità.

Abstract. La disciplina giuridica di riferimento per la tutela dei diritti della persona coinvolti dall'impiego, sempre più pervasivo, delle tecnologie di intelligenza artificiale generativa è attualmente contenuta nel testo del Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale.

---

[104] *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CM(2024)52-final, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 maggio 2024. Il testo della Convenzione è reperibile al link https://search.coe.int/cm#{%22CoEObjectId%22:[%220900001680afb122%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}. La Convenzione è stata redatta sulla base dei lavori svolti dal Comitato sull'intelligenza artificiale del Consiglio d'Europa (CAI), organismo intergovernativo, che ha riunito gli Stati membri del Consiglio d'Europa, l'Unione europea e altri undici Stati non membri (Argentina, Australia, Canada, Costa Rica, Giappone, Israele, Messico, Perù, Santa Sede, Stati Uniti d'America e Uruguay), nonché rappresentanti del settore privato, della società civile e del mondo accademico, che hanno partecipato in qualità di osservatori.

[105] F. Balaguer Callejón, *La costituzione dell'algoritmo*, cit., *passim*; A. Aguilar Calahorro, *Valores constitucionales y sociedad digital*, in Aa. Vv., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, cit., 2023, 113 ss.

[106] Inoltre, l'art. 2, nella sua formulazione originaria, prevedeva che «il trattamento dei dati personali si svolge nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato». In senso analogo nella *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* il riferimento alla dignità si rinviene nel *Preámbulo*, ed è operato tramite il richiamo alla sentenza del Tribunal Constitucional n. 94 del 4 maggio 1998.

L'indagine su quali siano le estrinsecazioni della dignità umana in rapporto a tale nuova tecnologia conduce ad un esame trasversale delle disposizioni del Regolamento previste a garanzia dei principi di eguaglianza, libertà e autodeterminazione della persona. Il saggio si conclude con riguardo all'analisi degli aspetti previsti a tutela, in primo luogo, del diritto all'identità personale contenuti nella proposta di disciplina nazionale in materia di *deepfake*.

Abstract. The regulatory framework for the protection of individual rights affected by the increasingly pervasive use of generative artificial intelligence technologies is currently found in the European Union's Regulation on artificial intelligence. The investigation into the manifestations of human dignity in relation to this new technology leads to a cross-sectional examination of the provisions of the Regulation, intended to ensure the principles of equality, freedom, and self-determination of the individual. The essay concludes with a focus on the protective measures, especially regarding the right to personal identity, included in the proposed national legislation on deepfake.

Parole chiave. intelligenza artificiale generativa – dignità umana – *deepfake* – diritto all'identità personale – *AI ACT*.

Key words. generative artificial intelligence – human dignity – deepfake – right to personal identity – *AI ACT*.

LA MATERNITA' SURROGATA E LA TUTELA DEL BAMBINO TRA BEST INTEREST OF THE CHILD E DIRITTO ALLE ORIGINI*

di Domenico Gabriele Nuzzolese**

Sommario. 1. Premesse. – 2. Il principio del *best interest of the child* tra Italia ed Europa. – 3. Riflessioni sul diritto alle origini e sulla figura della madre gestazionale. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Premesse. Da tempo si registra un'apertura a livello mondiale nei confronti della medicina riproduttiva.

È noto che in Italia, all'esito di un acceso dibattito riguardante la disciplina della procreazione medicalmente assistita[1], il legislatore ha provveduto a disciplinare la materia con la l. n. 40/2004, con l'obiettivo di tutelare la salute procreativa quale aspetto del più generale diritto alla salute.

Particolare attenzione è stata riservata alla pratica della maternità surrogata o gestazione per altri (d'ora innanzi anche g.p.a.)[2].

Attualmente la normativa italiana prevede, all'art. 12, c, 6, l. n.40/2004, che «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro.

[1] Sul tema, *ex plurimis*, cfr. L. Chieffi, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra "Le due culture"*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Napoli, 2015, 157 ss.; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), op. cit., 179 ss.; G. Cassano, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001; A. Nunziante Cesaro (a cura di), *Il bambino che viene dal freddo*, Milano, 2000; M. Dogliotti, *Inseminazione artificiale e rapporti di filiazione,* in *Giur.it,* 1991, I, 2, 73; P. Perlingeri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative,* in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 143 ss.; T. Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e aspettative*, in *Quadrimestre,* 1986, 22 ss.; V. Lojacono, voce *Inseminazione artificiale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1971, 759.

[2] La dottrina sul tema è sconfinata, ma ai fini del presente lavoro si segnala F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità,* Napoli, 2020; D. Mazzamuto, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale",* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2020, 393 ss.; A. Gusmai, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita,* in *Federalismi.it*, 23, 2017, 1-25; I. Parisi, *Minore nato all'estero da gestazione per altri: rinviata alla Corte costituzionale la decisione sul riconoscimento dello status di filiazione*, in *Ilfamiliarista*, 3 luglio 2020; R. Zamperini, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e best interest of the child*, in *GiustiziaCivile.com*, 2020; V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2020, 1109 ss.; F. Azzarri, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Familia*, 6, 2020, 767; G. De Marzo, *Alla Corte costituzionale la questione della riconoscibilità dell'atto di nascita relativo a minore nato da maternità surrogata*, in *Il Foro Italiano*, 29 aprile 2020; E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; per un'analisi a livello internazionale cfr. K. Trimmings, P. Beaumont, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, London, 2013.

La surrogazione di maternità viene punita perché trattasi di contratto con natura illecita, in cui la madre surrogata sarebbe mero strumento nelle mani dei genitori intenzionali, che pongono i propri desideri al di sopra di tutto e di tutti[3].
Al fine di aggirare tale divieto, da tempo si assiste ad un vero e proprio turismo procreativo[4] negli Stati ove, invece, questa pratica è ammessa.
L'*iter* prevede, infatti, che successivamente al momento del parto, il bambino nato da tale pratica venga registrato dall'Ufficiale di Stato civile dello Stato in cui è avvenuta la nascita, il quale rilascia un attestato che dovrà essere poi trascritto nello Stato di provenienza dei genitori intenzionali.
Proprio quest'ultimo passaggio ha dato vita ad un costante intervento dei giudici, poiché nella maggior parte dei casi l'Ufficiale di Stato civile del Comune italiano si è rifiutato di trascrivere l'atto di nascita per problemi legati soprattutto al rapporto instaurando con il genitore d'intenzione, spostando, così, la discussione nelle aule dei tribunali.
Tutto ciò offre l'occasione per tornare a riflettere sulla protezione della dignità umana, dei diritti dei bambini e delle donne interessati da questa pratica[5].
In particolare, ci si soffermerà sulla tutela del bambino nato da maternità surrogata alla luce del *best interest of the child*, in relazione al rapporto con il genitore d'intenzione, ma anche e soprattutto al rapporto con la madre gestazionale ed il connesso diritto alla ricerca delle proprie origini.

2. Il principio del* best interest of the child *tra Italia ed Europa. Il principio del *best interest of the child*[6] trova esplicita enunciazione nell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989[7].
In ambito europeo, pur in assenza di una disposizione espressa nella Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950, tale principio si è affermato attraverso la giurisprudenza della Corte di

[3] In tali termini cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 2173/2019.
[4] In termini critici circa l'utilizzo di questa locuzione cfr. A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo,* in *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie e disuguaglianze;* L. Lombardi, S. De Zordo (a cura di), Milano, 2013, 111 ss.
[5] Sul punto M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 2; L. Chieffi, P. Giustiniani, *Dalla bioetica delle tecnologie avanzate alla bioetica quotidiana*, in L. Chieffi, P. Giustiniani (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 1 ss.
[6] Sul tema si rimanda a E. Lamarque, *Diritti fondamentali del minore d'età e best interest of the child,* in *Giustizia insieme,* 2023; M.R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in *Diritto Penale e Uomo,* 2022; M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child,* Roma, 2021; B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 2017; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.; Id., *«Best interest of the child» o «best interests of children»?,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148-149; A. C. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, in M. T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono, D. Ziino (a cura di), *Scritti sul minore. In memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, 296 ss; P. Martinelli, J. Moyerson, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Min. giust.*, 2011, 7 ss.; L. Giacomelli, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?* e S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore, entrambi* in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici.* Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, 467 ss. e 505 ss.
[7] «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Strasburgo[8], nonché, grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 24) ed alle sentenze della Corte di Giustizia UE[9].
È noto che la Corte costituzionale italiana ha parlato per la prima volta del *best interest of the child* in relazione ai casi di adozione nella sentenza n. 11/1981[10], richiamata anche nella più recente giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto la pratica della maternità surrogata.
Altrettanto nota è l'influenza esercitata negli orientamenti del giudice costituzionale italiano oltre che del giudice della nomofilachia dai pronunciamenti della Corte di Strasburgo.
A quest'ultimo riguardo non si possono non citare le sentenze gemelle della Corte EDU *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, nonché la sentenza della *Grand Chambre* del 24 gennaio 2017 sul caso *Paradiso Campanelli c. Italia*[11], ed infine l'*Avis consultatif relaif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autri pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*[12], reso su sollecitazione della *Cour de Cassation* francese e adottato sulla base del Protocollo 16 (non ratificato dall'Italia).
Le prime due hanno statuito che il diritto alla vita privata esiga che ognuno debba poter costruire la propria identità personale, anche sotto il profilo dello *status filiationis*[13].
Perciò, i bambini che nascono mediante ricorso alla g.p.a., anche negli Stati parte che ne vietino l'utilizzo e nel caso in cui ci sia il contributo genetico di almeno uno dei due genitori, devono poter ottenere un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che ne hanno voluto la nascita[14].
Il caso *Paradiso Campanelli c. Italia* è stato invece più problematico, perché qui il bambino nato dalla pratica della maternità surrogata era privo del contributo genetico di almeno uno dei due membri della coppia. In questa occasione la definizione di vita familiare adottata dalla *Grand Chambre*[15] è stata strettamente connessa ai legami biologici, nonché alla relazione duratura con il minore[16]. Quindi, nella fattispecie[17] la breve durata della relazione con il bambino e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico (malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale, nonché la qualità dei legami affettivi), non hanno consentito di ritenere concretizzata una vita familiare *de facto*[18]. È sembrata perciò allontanarsi la concezione di «vita familiare» fondata sul requisito «qualitativo» della relazione privilegiando la durata temporale

[8] A tal fine la Corte EDU ha fatto riferimento all'art. 8 della Convenzione, letto in combinato disposto con l'art. 14 sul divieto di discriminazione. Per un attento approfondimento dell'evoluzione del *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, 2019.
[9] *Ex multis* C-400/10 PPU, *J. McB. c. L. E.*
[10] In un caso di adozione e contestuale affidamento di un bambino, si è ritenuta necessaria «La ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona», cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 11/1981, parte 5 del *Considerato in diritto.*
[11] Per un approfondimento si veda L. Ferraro, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero,* in L. Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese.* Atti del seminario di Napoli 30 settembre 2016, Napoli, 2018, 201 ss.; C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2017.
[12] Corte EDU, *Grand Chambre*, 10 aprile 2019.
[13] Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/2011, *Mennesson c. Francia*, par. 96
[14] Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/2011, *Mennesson c. Francia*, par. 100.
[15] Corte EDU, Grande Chambre, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia.*
[16] R. Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità*, in L. Chieffi (a cura di) op.cit., 150. Cfr. la citata sentenza, par. 151-158.
[17] In questa occasione è stato deciso diversamente rispetto a quanto statuito dalla seconda sezione della Corte EDU nel 2015 - la quale aveva rilevato tra i genitori e il bambino l'esistenza di una vita familiare de facto proprio per via della presenza dei genitori intenzionali nelle prime tappe di crescita del bambino, configurando l'allontanamento di quest'ultimo dai genitori intenzionali quale *extrema ratio.*
[18] Corte EDU, *Grande Chambre,* 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, par. 157.

della convivenza[19].
Nel terzo caso, invece, la Corte EDU ha ritenuto che il rapporto con il genitore intenzionale non debba conseguire ad un automatico riconoscimento e quindi ad una diretta trascrizione nel registro di Stato civile del certificato emesso all'estero, bensì è necessario individuare modalità diverse, come per esempio l'adozione, con l'obiettivo di rimuovere lo Stato di incertezza *as short lived as possibile*, proprio sempre in funzione del *best interest of the child.*
Ebbene, tali provvedimenti incentrati sul principio del «miglior interesse del minore» nel ricercato rapporto con il genitore intenzionale, hanno prodotto ricadute nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità italiana.
Infatti, per le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 12193/2019)[20] per dar vita ad un rapporto tra genitore intenzionale e figlio, sulla base del suo miglior interesse, non occorre procedere con il riconoscimento automatico e quindi con la diretta trascrizione dell'atto di nascita straniero nell'ordinamento italiano, bensì con l'adozione in casi particolari[21].
Numerosi, tuttavia, sono stati i dubbi circa l'idoneità di tale istituto a garantire il principio del miglior interesse del bambino nato da surrogazione, soprattutto in ragione della scarsa celerità delle procedure.
Infatti, nella successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2021[22], partendo dalla considerazione che tale forma di adozione non garantisce «quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU»[23], si è ritenuto che l'adozione in casi particolari «costituisca una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»[24]. Questo perché non solo non attribuisce la genitorialità all'adottante, ma crea incertezze sul rapporto di parentela nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli. E, inoltre, tale forma di adozione richiede «per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore biologico (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita»[25].
Alla luce di tali considerazioni, i giudici costituzionali hanno, così, concluso che spetta al legislatore tutelare *in primis* la figura del bambino nato da maternità surrogata, individuando una soluzione che tenga conto di tutti i diritti e principi coinvolti.

---

[19] C. Masciotta, *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare,* in op.cit., 10 ss.
[20] Per un commento cfr. F. Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno il punto sull'ordine pubblico e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 185 ss.; G. Salvi, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 1625 ss.; A. Renda, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 46; M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Fam. e dir.*, 2019, 653.
[21] Sull'adozione in casi particolari, v. S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, in *GenIus*, 2023; B. Poliseno, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 2019; A. Giusti, *L'adozione in casi particolari*, in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2015.
[22] Per un approfondimento, cfr. *ex plurimis* A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021, 221; G. Barcellona, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2021; E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos,* 2021.
[23] Corte Costituzionale, sentenza n. 33/2021, punto 1.3. del *Ritenuto in fatto.*
[24] *Ivi*, punto 5.8. del *Considerato in diritto.*
[25] *Ivi.*

Una correzione dei limiti dell'adozione in casi particolari, già segnalati nella giurisprudenza della Corte costituzionale n. 33/2021, emergono dalla sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022[26].

In tale occasione la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che «Il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'articolo 3 della Costituzione, il bambino adottato in casi particolari rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli articoli 31, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»[27].

Tale statuizione ovviamente riverbera i suoi effetti anche sull'ipotesi dei minori nati da maternità surrogata, di cui si occupa specificamente la sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[28].

In tale pronuncia i giudici della nomofilachia, riprendendo proprio la suddetta sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022, hanno ribadito che anche l'adozione del minore in casi particolari avrebbe potuto far nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante. Ed infatti l'adozione in casi particolari non solo stabilisce un legame di filiazione con l'adottante, ma integra l'adottato nella sua famiglia, facendogli acquistare lo status di figlio[29]. Questo perché alla base della domanda di adozione sussiste una condivisione tra il genitore sociale e il genitore biologico di un progetto procreativo che integra chiaramente un rapporto di costante affetto e cura all'interno dell'unica famiglia nella quale il bambino è cresciuto [30].

Il giudice, così, riconosciuti i legami familiari con il genitore intenzionale anche per l'adottato in casi particolari, con il suo inserimento nell'ambiente familiare dell'adottante, ha ritenuto, tuttavia, che il riconoscimento indiscriminato e automatico, mediante la trascrizione o la delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, finirebbe per legittimare in maniera indiretta una pratica degradante, che non valorizzerebbe, invece, il miglior interesse del bambino «attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi».

Pertanto, non è stato ancora messo un punto fermo sulla questione. Spetta attualmente sempre al giudice decidere caso per caso, in attesa di un quantomai opportuno intervento del legislatore[31], che possa offrire un quadro più chiaro alla questione, soprattutto tenendo conto dei progressi della scienza medica e delle necessità di tutela del bambino attraverso il riconoscimento del rapporto giuridico con il genitore d'intenzione.

---

[26] Per un commento si veda M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022.

[27] Comunicato della Corte costituzionale, 24 febbraio 2022.

[28] Si consenta rimandare a D.G. Nuzzolese, *La maternità surrogata alla luce del dialogo tra Corti. Un commento alla sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *PasSaggi Costituzionali*, Atene, 2023, 481 ss.

[29] Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 38162/2022, parte 10 dei *Motivi della decisione.*

[30] Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 38162/2022, parte 11 dei *Motivi della decisione.*

[31] Sul ruolo espansivo del giudice la dottrina è sconfinata, ma ai fini del presente lavoro si veda almeno: A.M. Nico, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale,* in Della Morte (a cura di), *La disuguaglianza nello Stato costituzionale,* Torino, 2016, 331; R.G. Rodio, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale,* in *Rivista AIC*, 2019, 137; M. Luciani, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali,* in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 204; Cfr. M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo),* in *Giur. Cost.*, 2012, 3823 ss.; G. Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge… in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi,* Relazione al Convegno di Brescia del 24 novembre 2017 *"Crisi e giustizia e (in)certezza del diritto"*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2017, 5-20 ed ora in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 59 ss.

3. Riflessioni sul diritto alle origini e sulla figura della madre gestazionale. Meno trattato in sede giurisprudenziale il tema del rapporto tra bambino nato attraverso g.p.a. e madre gestazionale, soprattutto in relazione al diritto del bambino di conoscere le proprie origini, sempre in vista del *best interest of the child*.

Al riguardo, ci si deve interrogare, infatti, sulla conformità a tale principio dell'interruzione definitiva, dopo il parto, di qualsiasi legame con colei che ha generato il bambino[32], con conseguente destrutturazione del rapporto materno e negazione della possibilità di conoscere la propria identità e le proprie origini[33].

Una risposta a tale quesito proviene dalla Corte EDU, secondo la quale l'interesse superiore del minore comporta non solo l'esigenza di superare profili di incertezza sulla propria identità, ma anche proprio la possibilità di conoscere le proprie origini[34].

Attualmente in Italia il principio del diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche è sancito nell'art. 28, c. 7, l. n. 184/1983, come sostituito dall'art. 177, c. 2, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, che riconosce in caso di adozione un diritto/dovere di informazione nei confronti dell'adottato.

Tuttavia, la circostanza che tale diritto di ricostruire le proprie origini, previsto per l'adozione e per il parto in anonimato, non sia al momento espressamente previsto anche in relazione alle ipotesi di cui alla l. n. 40/2004[35], potrebbe configurare una palese violazione del principio di uguaglianza.

Il diritto alla ricerca delle origini potrebbe permettere di non considerare il bambino come mero mezzo di scambio solo al fine di soddisfare l'interesse degli adulti ad una genitorialità[36], offrendogli così maggiore dignità proprio nella realizzazione del *best interest*.

Tale prospettiva non solo per dare l'opportunità al bambino di conoscere la propria storia per il proprio futuro[37], ma anche stabilire una relazione, seppur minima, con la gestante, scongiurando qualsiasi tipo di lesione eventuale del benessere del minore[38], che altrimenti

---

[32] S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, 2017, 86.

[33] Sul punto cfr. le riflessioni fatte da I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 111; N. Corbo, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata,* in cit., 61 ss.

[34] Corte Edu, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-001 Par. 41. in cui i giudici hanno affermato che *«Dans le contexte de la gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. Il inclut d'autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention, tels que la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui voir Paradiso et Campanelli, précité, § 202) et la possibilité de connaitre ses origines (voir, par exemple, Mikulić c. Croatie, no 53176/99, §§ 54-55, CEDH 2002-I)».*

[35] I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate,* cit., 13 ribadisce che, mentre nell'adozione e nel parto in anonimato viene fortemente sottolineata l'importanza del legame di sangue, delle radici biologiche e del diritto fondamentale di conoscere le origini, nei casi di maternità surrogata viene evidenziato, invece, il valore del rapporto familiare, indipendentemente dai legami genetici. Infatti, in tali casi viene valorizzata la necessità di preservare la continuità della relazione affettiva ed educativa con i genitori intenzionali, nell'ottica del superiore interesse del minore, che però in questo contesto non è associato al diritto di conoscere le proprie vere origini, e ancor meno al diritto di non avere un'identità frammentata.

[36] Cfr. L. Chieffi, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, in *Nomos,* 2019, 7 ss. che propone un approfondimento della tematica attraverso il richiamo a pellicole cinematografiche.

[37] Che potrebbe fondare un vero e proprio diritto a ricevere le informazioni sulle proprie origini da parte dei propri genitori, come sostiene N. Corbo, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata* cit. 65.

[38] M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., 88; sul punto cfr. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri,* in S.

sarebbe de tutto recessivo rispetto all'interesse degli adulti di diventare genitori. Ciò al fine di impedire di trasformare il figlio nato attraverso questa pratica, da «soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui»[39].
Sarebbe opportuno che il principio del *best interest of the child* orientasse in maniera mirata le scelte del legislatore in tema di maternità surrogata e di ricerca delle proprie origini, garantendo perlomeno la conoscenza delle informazioni necessarie per la storia biologica del bambino, ferme restando le difficoltà del riconoscimento di un vero e proprio diritto ad instaurare e mantenere un rapporto con la madre gestazionale, che implica più delicati bilanciamenti degli interessi in causa[40].
Dovrebbe configurarsi, altresì, un diritto/dovere da parte dei genitori di informare anche il bambino nato da maternità surrogata (così come già accade per i casi di adozione e parto in anonimo) del modo in cui è venuto al mondo, della non coincidenza tra genitori sociali e biologici e quindi della non corrispondenza tra il patrimonio genetico dell'uno e degli altri[41]. Tanto al fine di evitare gli effetti negativi di un'eventuale scoperta accidentale, di non semplice gestione dal punto di vista psicologico per il bambino[42].
È necessario, dunque, individuare dei percorsi idonei alla tutela di un diritto alla conoscenza delle origini tra soggetto nato da maternità surrogata e madre gestazionale, non solo per ragioni, potremmo dire, «esistenziali», per ricomporre «i tasselli della propria storia di vita»[43], ma anche e soprattutto per fini sanitari, per conoscere l'esistenza di patologie geneticamente trasmissibili, per curarle e prevenirle[44], a tutela del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. e nel rispetto del principio di uguaglianza tra i cittadini[45].
È stata proprio la Corte costituzionale, in relazione ai casi di adozione, a chiarire che la conoscenza delle proprie origini rappresenta un presupposto indefettibile per l'identità personale dell'adottato, integrando un diritto fondamentale già tutelato dalla Convenzione sui diritti del fanciullo[46].
Parimenti i Giudici di Strasburgo hanno ricordato che «l'articolo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale», al quale sviluppo contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori [47].
Tale diritto alla ricerca delle origini potrebbe, peraltro, trovare più agevole tutela ove

Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.
[39] S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia,* in *GenIus,* 2017.
[40] L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in GenIus, 2016, 53.
[41] I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate,* cit., 5.
[42] I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate,* cit., 6.
[43] L. Conte, *La famiglia – Istituti e istituzione nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2020, 144.
[44] *Ivi*, 144; I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate,* in cit., 6 ss.
[45] M. Ranieri, *Le origini nel diritto e il diritto a conoscere le proprie origini*, Roma, 2019, 289.
[46] Corte Costituzionale sentenza n. 278/2013, punto 4 del *considerato in diritto.*
[47] Corte EDU, sez. II, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/2009, *Godelli c. Italia*, Par. 46; Corte EDU, sez. I, 7 febbraio 2002, ricorso n. 53176/99, *Mikulić c. Croazia*, par. 54 e 64; recentemente la stessa Corte EDU, proprio in un caso di adozione e di ricerca delle informazioni sanitarie dell'adottato, ha ribadito che nel diritto al rispetto della vita privata rientri anche il diritto a conoscere le proprie origini. Questo impone, perciò, che le autorità nazionali debbano decidere sulla base di un bilanciamento tra il diritto dell'adottato e il diritto della madre biologica che ha chiesto l'anonimato, escludendo la conformità alla Convenzione di una automaticità del rifiuto di fornire qualsiasi informazione (Corte EDU, sentenza 14 maggio 2024, ricorso n. 20949, *Mitrevska c. Macedonia del Nord*, par. 41, 46, 52).

prevalesse una logica di garanzia anche della madre gestazionale, come di seguito si proverà a spiegare.
Ed invero il legislatore è chiamato a farsi carico anche della protezione della madre surrogata[48], con l'obiettivo innanzitutto di evitare che la donna sia strumento in mano alle future famiglie[49] e che nella prospettiva di un ritorno economico possa mettere a rischio il proprio stato di salute e quello del bambino.
È utile in questa direzione osservare quanto accade in Paesi in cui la g.p.a. è stata non liberalizzata, bensì regolata, come in Portogallo[50], dove è previsto il divieto di qualsiasi pagamento per la gestazione per conto d'altri e riconosciuto come legittimo esclusivamente il rimborso del valore corrispondente alle spese sostenute per l'assistenza sanitaria, purché debitamente documentate[51].
La gratuità della pratica, oltre ad evitare discriminazioni all'accesso a danno delle classi meno abbienti, è lì considerata proprio un modo per preservare la salute della gestante per conto d'altri [52], poiché la prospettiva di un guadagno potrebbe spingere le donne a correre seri rischi e a celare informazioni cruciali sul proprio stato sanitario[53]; potrebbe, certo, anche disincentivare le donne ad offrirsi[54], ma è proprio la logica del dono che implica questo rischio, a fronte, però, di innumerevoli vantaggi, *in primis* il non configurare la madre gestazionale come mezzo, bensì come soggetto che, nell'offrire la sua persona con l'obiettivo di donare felicità ed una nuova vita, potrebbe anche non avere remore – una volta escluso il disvalore etico e giuridico del gesto - a mettere a disposizione tutte le informazioni necessarie su di sé, notizie veritiere e non necessariamente secretate in maniera assoluta, con positive ricadute, quindi, anche sulla possibilità di ricostruire le proprie origini per i bambini nati da queste pratiche.

4. Rilievi conclusivi. Il dato che emerge, quindi, è che la l. n. 40/2004 si è limitata esclusivamente a fissare dei divieti, senza tener conto dell'attuale contesto sociale. Tali divieti, infatti, si fondano «sulla fallace convinzione che la legge possa artificialmente ripristinare l'ordine naturale scardinato dai progressi tecnologici»[55], ma che rischiano di trasformarsi in «odiose discriminazioni di carattere sociale, poiché le pratiche vietate, alla fine dei conti, finiscono col restare precluse solo a chi non ha la capacità economica per realizzarle all'estero»[56].
Il legislatore dovrebbe interrogarsi, perciò, se una legge così restrittiva come la n. 40/2004, i cui effetti sono spesso attenuati dalla giurisprudenza, sia in sintonia con le esigenze della società ed al fine di evitare che la giurisprudenza diventi «una sorta di muro del pianto al cui

[48] Persona, che, al pari del bambino, gode di diritti fondamentali cfr. L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 119 ss.
[49] Infatti, molto spesso si tratta di donne molto giovani, che vivono in contesti non semplici, le quali al fine di ottenere un guadagno e anche in parte per via della scarsa esperienza, si prestano a queste attività, con il rischio di affrontare crisi personali e psicologiche, soprattutto in casi di particolare fragilità. Sul tema A. Ruggeri, C. Salazar, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone,* in *Consulta Online*, 2017, 143; sul punto cfr anche Par.liamentary Assembly of the Council of Europe, *Human Rights and Ethical Issues Relates to Surrogacy. Revised Draf Report*, a cura di Petra De Sutter, 2016, 3.
[50] Il riferimento è alla legge n. 32/2006 (*Procriação medicamente assistida*) successivamente novellata dalla l. n. 72/2021 e n. 90/2021.
[51] art. 8., n.5 da LPMA.
[52] È interessante notare che la legge portoghese limita la g.p.a. alle sole donne che abbiano già affrontato un percorso gestazionale e quindi con un certo grado di esperienza e maturità.
[53] A. Coutinho, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestaçao de substituição*, Coimbra, 2022, 154.
[54] E. Lamm, *Gestación por substitución – Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013, 275.
[55] C. Iannello, *La maternità surrogata e il ruolo della legge: dal divieto generalizzato a un bilanciamento più mite?,* cit.,173.
[56] *Ivi*, 174.

cospetto reclamiamo la garanzia di aspettative che avevamo riposto nello Stato di diritto»[57] dovrebbe affrontare il complesso problema delle disuguaglianze generate dalle moderne tecniche riproduttive, garantendo i diritti dei figli nati tramite queste pratiche, nonché i diritti e i doveri delle madri gestazionali[58], andando a «rimuovere [gli] ostacoli, come dice con bella lingua l'articolo 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza. Non solo ostacoli di fatto, radicati nel costume o nell'economia, ma ostacoli essi stessi giuridici»[59].

Pur dando atto che l'apporto dei giudici è risultato fondamentale per assicurare il principio del *best interest of the child* nella materia *de qua* e pur consapevoli del fatto che alle volte fa «meno danni» una «non legge» rispetto ad una «cattiva legge»[60], si deve considerare che nei Paesi di *civil law* come il nostro un'attività da parte del giudice non supportata da una base legislativa, potrebbe portare ad esiti anche troppo divergenti, pur in presenza di casi oggettivamente uniformi.

E d'altro canto una disciplina caratterizzata da eccessiva rigidità si scontrerebbe, con l'enorme varietà dei casi stessi, come ampiamente dimostrato dalle diverse fattispecie prospettatesi in ambito biogiuridico[61], sicché sempre e comunque «v'è da augurarsi che non si debba rinunziare alla valutazione, alla saggezza all'equilibrio e alla responsabilità del giudice nella valutazione e nella decisione del caso concreto»[62].

Abstract. Il presente contributo propone delle riflessioni sul tema della maternità surrogata, soffermandosi sul contributo delle Corti a tutela dei bambini nati da tale pratica alla luce del loro 'miglior interesse' e diritto alle origini, nonché sull'esigenza di chiari interventi normativi in materia, per superare i limiti del ruolo di supplenza esercitato dai giudici nella perdurante inerzia del legislatore.

Abstract. This paper proposes a reflection about the topic of gestational surrogacy, focusing on the contribution of the Courts to protect the children born by this practice in view of their best interests and their right to the origins, as well as on the need of obvius regulatory intervention in such matters, to overcome the limits about the role of substitution exercised by the judge in the ongoing inertia of the legislator.

Parole chiave. Maternità surrogata – diritto alle origini – miglior interesse del bambino.

Key words. Gestational surrogacy – right to the origins – best interest of the child.

[57] A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario,* trad. it. a cura di D. Bifulco, Roma, 2007, 276 ripreso da A. Ruggeri, C. Salazar, op.cit., 147.
[58] L. Dell'Atti, op.cit., 258.
[59] S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 12.
[60] A. Ruggeri, C. Salazar, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*, cit., 140.
[61] *Ivi*, 140.
[62] G.M. Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 8.

IL DIRITTO DI ESSERE SÉ STESSI NELL'ERA DIGITALE: NUOVE SFIDE PER L'IDENTITA' PERSONALE TRA TUTELA DELLA DIGNITA' DELL'INDIVIDUO E INTEGRAZIONE EUROPEA*

di Daniela Messina**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Le sfide dell'era digitale all'identità personale. – 3. Le ombre dell'IA sull'identità personale. – 4. Dall' identità personale alla tutela della dignità nella dimensione dinamica di diritto di autodeterminarsi nello scenario tecnologico. – 5. La tutela della dignità nell'era digitale come direttrice di una nuova fase del processo di integrazione europea.

1. Premessa. Nel 1985 la Corte di cassazione italiana sanciva la fine del lungo e complesso dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo al riconoscimento del diritto all'identità personale definendolo come diritto «a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva […] destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale»[1]. Veniva in questo modo riconosciuto per la prima volta un diritto di essere sé stessi[2], di veder preservata la propria persona da tentativi di alterazione della propria immagine sociale determinati non più – o non soltanto[3] – da un uso illegittimo dei segni distintivi (nome, pseudonimo, …), tradizionale espressione di una esigenza di carattere prettamente pubblicistico[4], bensì da situazioni manipolative causate dall'avvento di strumenti

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore a contratto di Public Law – Università di Napoli Parthenope.

[1] Cass., sent. n. 3769/1985, in *Il Foro italiano*, 1985, I, cc. 2211 ss., con osservazioni di R. Pardolesi.

[2] Citando A. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, 2021.

[3] In tal senso è significativo quanto indicato dalla Corte di cassazione che evidenzia la possibilità di una correlazione tra il diritto all'identità personale e l'uso inappropriato del nome e dell'immagine nel senso che nel secondo caso si possa determinare una violazione della situazione giuridica tutelata. Una correlazione, quindi, «ma nulla di più: non ricorre, cioè, né un rapporto di immedesimazione né un rapporto di comprensione dell'una figura rispetto all'altra». Cass., sent. n. 3679/1985.

[4] Originariamente tale nozione era normalmente associata al complesso di elementi, *in primis* le generalità e i segni distintivi della persona, che ne consentono l'identificazione e la distinguibilità rispetto ad altri soggetti. In tale prospettiva, l'identità presentava un significato espressamente pubblicistico con il fine di indentificare il soggetto «nei suoi rapporti con i terzi, nel suo agire sociale, nelle relazioni sociali e nei rapporti con lo Stato». Sul punto, cfr. G. Falco, *Identità personale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VI, Torino, 1938; A. De Cupis, *Il diritto all'identità personale. Parte prima: Il diritto al nome*, Milano, 1949; G. Bavetta, (voce) *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970; G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, Padova, 1981; G. Alpa, *Diritti della personalità emergenti, diritto all'identità personale*, in *Giurisprudenza di merito*, 1989, IV, 464 ss.; Z. Zencovich, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, 1993; A. Cerri, (voce) *Identità personale*, in *Enc. giur.*, IV Agg., Roma 1995; L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004; G. Pino, *L'identità personale,* in AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. II, Torino, 2005; G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2007; S. Niger, *Il diritto all'identità personale*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato*, Padova, 2008; G. Finocchiaro, *Identità personale (diritto alla*), in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010; E.C. Raffiotta, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2010; M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro*

di comunicazione di massa sempre più invasivi. L'evoluzione tecnologica, in altri termini, aveva creato una nuova esigenza di protezione che, lungi dal trovare riparo nel *corpus* di regole destinato a garantire la mera identificabilità della persona, era espressione di una necessità dai più ampi confini perché connessa al modo in cui l'individuo si riconosce e intende esprimere la propria personalità all'interno della comunità.

Da qui il riconoscimento di una situazione giuridica autonoma che si innesta su quella che è stata definita, non senza critiche[5], la «traiettoria espansiva» dei diritti della personalità[6] e che trova il relativo precipitato costituzionale nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. la cui finalità «è proprio quella di tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi di essere essenziali»[7]. In tale prospettiva, nella visione costituzionalmente orientata di un ordinamento che tutela la personalità lungo il suo intero percorso di formazione e ne riconosce il valore come espressione della libertà del singolo di autodeterminarsi, il diritto all'identità personale costituisce parte del «patrimonio irretrattabile della persona umana» e deve intendersi come «rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo»[8].

Tale esigenza, consolidatasi negli anni '70 e '80 del secolo scorso e mai più sopita, si manifesta oggi con nuovo e maggior vigore all'interno di un panorama tecnologico diverso e particolarmente complesso per la corretta tutela dell'identità personale. In presenza di strumenti che sono in grado di raccogliere ed elaborare un numero ingente di frammenti informativi con una potenza di calcolo mai sperimentata prima, nonché addirittura di «creare nuova conoscenza» come si evidenzierà a breve, la strada diretta alla tutela della persona «nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni (morali, sociali, politiche, intellettuali, professionali, ecc.)»[9] diventa improvvisamente impervia ed accidentata. Questo sotto un duplice profilo. La sempre più diffusa ibridazione tra la dimensione analogica e quella digitale e la spinta verso esperienze maggiormente immersive nel virtuale come nel caso del Metaverso[10], nonostante gli indubbi vantaggi che sono in grado di

documento esistenziale, in *Europa e diritto privato*, 4, 2019; S. Scagliarini, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica,* in *Consulta online*, II, 2021.

[5] Per una ricostruzione dettagliata del percorso dottrinale e giurisprudenziale del riconoscimento del diritto all'identità personale si v. G. Pino, *Il diritto all'identità personale - Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003.

[6] Così G. Pino, op. ult. cit., 15, citando A. Gambaro, *Diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 1989.

[7] Cass., sent. n. 3769/1985.

[8] Corte cost., sent. n. 13/1994.

[9] Cass., sent. n. 3679/1985.

[10] Con il termine Metaverso si fa riferimento, in generale, ad un'esperienza fortemente immersiva mediante la quale un individuo ha la possibilità di entrare, solitamente grazie all'ausilio di un visore ottico, in uno spazio completamente virtuale per svolgere attività normalmente compiute nel mondo fisico, ma con le potenzialità offerte dalla digitalizzazione. Sebbene sia stato rilanciato nell'ottobre del 2021 da *M. Zuckerberg*, fondatore del famoso *social network Facebook,* per proporre un nuovo e innovativo servizio offerto dall'azienda americana, ora denominata significativamente «Meta», la parola Metaverso e la sua realizzazione non costituiscono una assoluta novità. Il termine, infatti, è stato coniato per la prima volta dallo scrittore statunitense *Neal Stephenson* all'interno del romanzo di fantascienza *Snow Crash*, pubblicato nel 1992 e ambientato negli Stati Uniti in un futuro distopico. Il racconto narra della creazione di un mondo alternativo, il Metaverso appunto, luogo di rifugio per la popolazione da una realtà grigia e opprimente, caratterizzata da una forte crisi economica e dall'avvento al potere delle grandi multinazionali. Il primo tentativo reale di creare un ambiente di questo tipo è invece rappresentato dalla piattaforma *Second Life*, il famoso mondo tridimensionale creato dalla società americana *Linden Lab* nel 2003 con lo scopo di mettere a disposizione dell'utente una «seconda vita» all'interno di uno spazio virtuale nel quale trascorrere liberamente il proprio tempo, partecipando a comunità di diversa natura, conoscendo nuove persone, creando e acquistando beni e servizi mediante l'utilizzo di una moneta specifica (*Linden Dollar* - L$) e, addirittura, avviando nuovi business. Sul fenomeno, cfr. R. Gramigna, *Soli nel Metaverso*, in M. Leone (a cura di), *Il Metavolto*, 2022; A. Donnini, M. Novella, *Il metaverso come luogo di lavoro. Configurazione e*

apportare in termini di progresso e di miglioramento della qualità della vita, pongono sfide rilevanti al diritto dell'individuo di essere rappresentato correttamente nella vita di relazione in presenza di forme di elaborazione delle informazioni personali basate su dati liberamente disponibili all'interno di uno spazio potenzialmente «senza limiti e senza tempo» che, in assenza di un consapevole intervento umano, possono rilevarsi non corretti, datati o (volutamente) alterati.

Inoltre, dinanzi allo sviluppo sempre più significativo di sistemi di intelligenza artificiale integrati con strumenti di uso quotidiano, anche lo stesso processo di formazione dell'identità personale risulta essere a rischio, dal momento che profilazioni e valutazioni predittive sempre più sofisticate da parte di soggetti terzi rischiano di spingere l'individuo verso percorsi di sviluppo della propria personalità diversi da quelli che avrebbe naturalmente o consapevolmente scelto di intraprendere.

In assenza di regole delineate nel rispetto dei principi e dei valori che informano le società democraticamente avanzate, quindi, la grande rivoluzione tecnologica in atto rischia di trasformarsi in un serio ostacolo per il pieno esplicarsi del diritto di essere sé stesso e di essere rappresentato nel rispetto della propria identità effettiva e attuale e, in una visione più ampia, in un ostacolo per la stessa dignità dell'individuo nell'era digitale.

In tale prospettiva, l'analisi mira a individuare quali sono attualmente le più significative sfide che insidiano l'identità personale nella duplice dimensione evidenziata, nella consapevolezza che la relativa tutela inerisce quel «principio supremo di 'libertà-dignità'»[11] che non solo è garantito dalla costituzione italiana nell'endiadi espressa dagli artt. 2 e 3 Cost., ma costituisce patrimonio comune degli stati europei e trova pieno riconoscimento nell'art. 2 del TUE. Un principio che, nel mosaico regolativo che si sta delineando negli ultimi anni a livello sovranazionale, appare oggi assumere un nuovo significato, estremamente rilevante per lo stesso futuro dell'Unione europea in un'ottica democratica.

2. Le sfide dell'era digitale all'identità personale. È noto ormai che uno degli eventi che ha caratterizzato e continua a caratterizzare le società del terzo millennio, favorendo una continua dinamicità nel loro inarrestabile moto evolutivo, è rappresentato dall'inteso processo di datificazione in atto[12].

In un mondo sempre più connesso, in cui gli strumenti tecnologici costituiscono parte integrante della vita quotidiana, l'esperienza reale, nella molteplicità delle sue sfaccettature, viene, infatti, continuamente destrutturata e ridotta in frammenti informativi minimi che possono essere agevolmente raccolti, elaborati e trasferiti al fine di creare nuovo valore, economico e conoscitivo. Tale processo che tutto avvolge e trasforma in dato, vista l'ubiquità e la pervasività delle nuove tecnologie, contraddistingue non solo attività produttive e servizi, rendendoli maggiormente efficienti ed efficaci, ma la stessa esistenza dell'individuo, che di questo peculiare ecosistema è parte attiva e al quale contribuisce con le proprie informazioni personali. La sensazione, infatti, è che non esista più – o quasi più – una decisione, azione, un comportamento o anche una relazione umana che non determini all'interno dello scenario attuale il rilascio di almeno una traccia digitale di carattere personale che consenta di risalire

questioni regolative, in Labour & Law Issues, 2, 2022; D. Ingarrica, *Metaverso criminale. Quali interazioni nel presente nazionale e quali sfide globali del prossimo futuro*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022; G. Cerrina Feroni, *Il metaverso tra problemi epistemologici, etici e giuridici*, in *Media Laws Rivista di diritto dei media*, 1, 2023; L. Di Majo, *L'art. 2 della Costituzione e il "Metaverso"*, in *Media Laws Rivista di diritto dei media*, 2023; G. De Gregorio, P. Dunn, O. Pollicino, *Platforms in the Age of Metaverse: Sustainability by Proportionality*, in *Media Laws Rivista di diritto dei media*, 2023.

[11] M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 131.

[12] Con il termine datificazione si fa riferimento al «processo tecnologico che trasforma vari aspetti della vita sociale o della vita individuale in dati che vengono successivamente trasformati in informazioni dotate di nuove forme di valore anche economico». Treccani, voce «datificazione», 2019.

a chi quella determina decisione, azione, comportamento o relazione abbia effettivamente adottato, compiuto o semplicemente instaurato.
Ed è proprio in tale prospettiva che il fenomeno tecnologico assume rilevanza per il diritto al di là del suo indubbio significato economico, evidenziando il rischio di una trasformazione produttiva, sociale e culturale che appare in grado di penetrare gli ambiti più profondi e reconditi dell'agire dell'individuo, innervandosi nel percorso di sviluppo della sua persona, sia in qualità di soggetto unico e distinto dagli altri, sia di membro di una collettività organizzata.
La sempre più ampia digitalizzazione degli ambiti in cui si sviluppa l'esistenza determina, infatti, il frazionamento della identità personale in migliaia di piccoli tasselli, che attraverso il dato si riverberano all'esterno, proiettando aspetti più o meno intimi della persona[13]. Aspetti che nel recente passato analogico l'individuo probabilmente non avrebbe ritenuto esternabili in quanto afferenti ai delicati «territori della riservatezza» e per tale motivo privi di un interesse socialmente apprezzabile[14], ma al contempo fondamentali per la piena realizzazione di quel diritto all'autodeterminazione personale che inerisce la persona e lo sviluppo libero e consapevole della sua personalità.
In presenza di questa continua sovraesposizione, spesso non consapevole, indotta da strumenti perennemente connessi, l'individuo si trova oggi in «bilico» tra due dimensioni, una fisica, l'altra digitale, che vengono ad integrarsi vicendevolmente, favorendo la creazione di uno spazio ibrido nel quale alla persona fisica, destinataria nel tempo di tutela mediante il riconoscimento di diritti e di libertà fondamentali da parte delle costituzioni e degli ordinamenti giuridici al fine di garantirne una piena e cosciente evoluzione, viene ad affiancarsi e, sempre più spesso, a sovrapporsi una corporeità digitale che emerge quale sterile sommatoria dei dati che lo riguardano e che sono diffusamente presenti nello scenario digitale. Dati che, a ben vedere, in assenza di questo dinamico filtro tecnologico probabilmente non avrebbero mai avuto modo di rappresentarlo in passato perché appartenenti agli spazi tutelati della sua sfera personale, o, al contrario, «colpevoli» di proiettare all'esterno una immagine distorta che non corrisponde – o non corrisponde più – alla sua concreta e attuale identità.

[13] Si consenta di rinviare a D. Messina, *La tutela della dignità nell'era digitale: prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e Intelligenza Artificiale*, Napoli, 2023.
[14] Sul percorso di riconoscimento del diritto alla riservatezza all'interno dell'ordinamento italiano, senza pretesa di esaustività, cfr. P. Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in Scritti in onore di F. Santoro Passarelli, IV, Napoli, 1972; V.P. Patrono, (voce) *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1972; A. Barbera, *Art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. Branca, Bologna, 1975; T.A. Auletta., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; G. Alpa, *Diritti della personalità emergenti, diritto all'identità personale*, *cit.*; A. Cerri, (voce) *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989; A. Clemente (a cura di), *Privacy*, Padova, 1999; G. Giacobbe, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989; P. Rescigno, (voce) *Personalità (diritti della)*, op.cit.; V. Zeno-Zencovich, (voce) *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche* - Sez. civile, Vol. XIII, 1995; B. Markesinis, G. Alpa, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997; R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; S. Stanzione, S. Sica, *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2004; A. Barbera, "*Nuovi diritti": attenzione ai confini,* in L. Califano (a cura di), *Corte Costituzionale e diritti fondamentali,*, Torino, 2004; T. M. Umbertazzi, *Il diritto alla privacy: natura e funzione giuridica*, Padova, 2004; G. Resta, *Privacy e processo civile*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'Informatica*, 2005, 681 ss.; S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005; D. Caldirola, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006; S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico,* Torino, 2009; V. Zeno-Zencovich, G. Resta (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali – dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Milano, 2016; A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2021.

A rendere ancor più complessa tale situazione opera anche la presenza di un panorama tecnologico caratterizzato da una capacità di archiviazione e di memorizzazione delle informazioni mai sperimentate prima nella storia dell'uomo[15]. La potenziale «immortalità» di cui si riveste il dato una volta che viene «assorbito» all'interno di questo imponente ecosistema, connessa alle enormi abilità computazionali delle nuove tecnologie viene, infatti, ad incidere sulla effettiva tutela dell'identità personale dal momento che, in tale scenario, la proiezione sociale della personalità dell'individuo è costretta a rapportarsi costantemente con informazioni risalenti nel tempo, espressione di un «passato che continua a ipotecare pesantemente il presente»[16], tendendo ad appiattire un elemento che invece per la sua stessa natura è dotato di particolare dinamicità[17]. Ecco che quel «documento esistenziale»[18], frutto di un percorso evolutivo che viene normalmente a dipanarsi tra le pieghe del tempo, arricchendosi del fecondo intreccio di relazioni, di decisioni e di esperienze che l'individuo realizza nel corso della propria vita, nello scenario digitale deve continuamente confrontarsi con uno spazio potenzialmente «senza tempo»; uno spazio che, in assenza di apposite garanzie costituzionalmente orientate, fatica a riconoscere la capacità di rinnovarsi, di cambiare, di redimersi e di essere una persona diversa rispetto anche al suo stesso passato[19]. In tale prospettiva, la rappresentazione sociale dell'individuo rischia di subire una trasformazione significativa determinata dalla mediazione di dati ed informazioni che della persona sono presenti o, meglio, dispersi, a-temporalmente nello scenario digitale riportando

[15] È in questa prospettiva che, infatti, si fa riferimento sempre più spesso ad una quarta rivoluzione industriale. Annunciata pubblicamente per la prima volta in occasione della fiera di Hannover del 2011 con la relazione *Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4.0 industriellen Revolution* (*Industria 4.0: L'Internet delle cose sulla strada della quarta rivoluzione industriale*), la trasformazione in atto si caratterizza per la diffusione di sensori e di reti wireless nonché per l'utilizzo di robot e di dispositivi sempre più intelligenti sorretta da una straordinaria potenza di calcolo e di analisi dei big data a costi via via sempre minori negli ultimi anni. Tali tecnologie hanno rivoluzionato il modo di concepire l'industria a livello mondiale, garantendo una maggiore flessibilità e velocità nella produzione, nonché un incremento del livello quali-quantitativo dei prodotti e dei servizi realizzati. Sul punto cfr. Parlamento Europeo, *Industry 4.0 Digitalisation for productivity and growth,* 2015; Commissione Europea, *Digital Transformation of European Industry and Enterprises – report from the Strategic Policy Forum on Digital Entrepreneurship,* 2015. V., inoltre, V. Mayer-Shönberger, K. Cukier, *Big Data a revolution that will transform how we live, work, and think,* London, 2013; Commissione Europea, *Commission staff working document*, *Advancing the internet of things in Europe*, swd (2016) 110 allegato alla Comunicazione della Commissione, *Digitising European industry reaping the full benefits of a digital single market,* COM(2016) 180 final; F. Butera, *Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica* in *L'industria, Rivista di economia e politica industriale*, n. 3, 2017; D. Guarascio, S. Sacchi, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017; S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. P. Bassotti, Roma, 2019; Commissione Europea, COM (2020) 65 final, *White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust*, 19 febbraio 2020; Commissione Europea, COM (2021) 118 final, *Shaping Europe's digital future*, 2020; Commissione Europea, *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade and Declaration on European digital rights and principles*, 9 marzo 2021. Per una riflessione di carattere giuridico si v., invece, senza pretesa di esaustività vista la trasversalità del fenomeno in questione, S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 1997; M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012; P. Caretti, A. Cardone, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza,* Bologna, 2019; A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, cit.

[16] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 406.

[17] Sulla dinamicità dell'identità cfr., in particolare, G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, *cit.*; L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.

[18] M. Tampieri, *L'identità personale*, cit., 1195.

[19] Così, anche, N.N.G.D. Andrade, *Oblivion: The Right to Be Different from Oneself - Reproposing the Right to Be Forgotten, VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet"*, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, 2012; D. Messina, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent"* in *Media Laws Rivista di diritto dei media*, 2, 2019.

una immagine che, come indicato, non è – o non è più – rappresentativa della sua identità.
Tuttavia, seppur rilevante, il rischio che deriva dalla raccolta ed elaborazione dei frammenti informativi prodotti quotidianamente dall'individuo nell'attuale contesto digitale non si ferma a situazioni di alterazione della proiezione della sua identità. In uno scenario in cui il dato assume valore non solo in sé, ma ancor di più in vista del significato economico e conoscitivo che lo stesso è in grado di produrre, la datificazione dell'esperienza umana introduce un nuovo e, se possibile, più rilevante pericolo, dato il suo essere spesso non manifestamente percepibile. Si fa riferimento, in questo caso, al processo stesso di formazione dell'identità personale che all'interno dello scenario digitale sembra svilupparsi lungo percorsi particolarmente impervi e tortuosi che rischiano di allontanare le moderne società da quel sistema di principi e di valori che ne definiscono e determinano l'essenza democratica. Se la sovraesposizione di informazioni di carattere personale, infatti, solleva, come evidenziato, problemi significativi in termini di corretta rappresentazione del sé in uno scenario che non percepisce il tempo come elemento costitutivo del percorso di sviluppo della personalità, ancora più sfidante, in un'ottica costituzionalmente orientata, risulta essere l'inteso processo di analisi ed elaborazione di tali informazioni e, soprattutto, le dinamiche che lo sottendono.

È ormai ampiamente noto, infatti, che in assenza di un tessuto di regole che consenta di indirizzare l'utilizzo dei dati personali nel pieno rispetto della persona, attività di trattamento, sempre più sofisticate e avanzate, rischiano di minarne la relativa posizione di individuo libero e membro consapevole di una società organizzata. Sono molteplici le testimonianze circa la potenziale attitudine delle moderne tecnologie ad intensificare o creare nuove forme di discriminazione e di stereotipizzazione ovvero a limitare le effettive possibilità di scelta del singolo, favorendo situazioni diffuse di «penalizzazione delle propensioni»[20]. Parimenti, profilazioni attuate mediante l'ampio utilizzo di strumenti automatizzati appaiono in grado di inibire l'esercizio di libertà fondamentali o di limitare l'erogazione di servizi essenziali[21].
L'individuo, in altri termini, componente fondamentale dell'ecosistema digitale, rischia di diventare «vittima» dei suoi stessi dati attraverso l'esposizione di informazioni personali il cui utilizzo da parte di terzi, in assenza di idonee norme in materia, è in grado di incidere significativamente sul proprio percorso esistenziale modificando, alterando o addirittura escludendo possibili traiettorie di sviluppo della propria personalità, del proprio pensiero e della propria visione del mondo, determinando il livello quali-quantitativo delle informazioni a sua disposizione, i servizi a cui può avere accesso, nonché i tempi e i modi di esercizio di diritti e libertà riconosciuti e garantiti dagli ordinamenti democratici.

3. Le ombre dell'IA sull'identità personale. I rischi evidenziati sono oggetto già da anni di un intenso processo di regolazione che, data la capacità del fenomeno di oltrepassare agevolmente i tradizionali confini territoriali, ha assunto sin da subito una dimensione di carattere europeo. L'ormai noto Regolamento in materia di tutela dei dati personali e il primo riconoscimento normativo al suo interno del diritto all'oblio, arricchiti successivamente da ulteriori interventi in materia che il progresso tecnologico ha imposto in tempi brevi, si pensi

[20] Così V. Mayer-Shönberger, K. Cukier, *Big Data a revolution that will transform how we live, work, and think*, cit.
[21] Come evidenziato all'interno delle Linee guida delineate dall'*Article 29 Working Party* in materia di profilazione e di processi decisionali automatizzati tali peculiari trattamenti non solo possono accentuare situazioni di discriminazione sociale già esistenti, ma sono potenzialmente in grado di incardinare una persona all'interno di una determinata categoria, limitandone le possibili alternative di scelta. *Article 29 Working Party*, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679,* ultima revisione 6 febbraio 2018. Più recentemente sul punto, anche alla luce delle innovazioni tecnologiche che sono intervenute nel tempo, *AI Advisory Body*, United Nation, *Interim Report: Governing AI for Humanity,* dicembre 2023.

al *Digital Service Act* e al *Digital Market Act*[22] e da ultimo il *Data Act*[23], hanno consentito di creare un ricco tessuto normativo espressione di uno specifico «modello europeo di protezione dei dati»[24] il cui obiettivo, tra gli altri, è quello di garantire il pieno recupero del potere di controllo delle informazioni da parte dell'individuo. Tale impianto normativo, infatti, si fonda sul riconoscimento come diritto fondamentale della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e trova fondamento normativo nell'art. 8, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) e nell'art. 16, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In tale prospettiva, le regole di origine europea, di diretta e immediata applicazione nazionale, vista la loro veste regolamentare, consentono, mediante una serie di previsioni normative volte a responsabilizzare gli operatori e, parimenti, a rendere consapevoli gli interessati, di definire un dettagliato sistema di protezione il cui intento finale è quello di tutelare l'individuo nell'era digitale nel pieno rispetto dei valori e dei principi cardine delle tradizioni costituzionali europee.

Eppure, nonostante il notevole sforzo normativo che ha caratterizzato la creazione di tale tessuto normativo, unico nel suo genere[25], una nuova e rilevante insidia si è palesata dinanzi al tentativo di tutelare l'identità personale e il percorso di formazione della sua personalità all'interno dello scenario digitale. L'improvvisa e repentina diffusione dei sistemi di Intelligenza artificiale (IA), dopo decenni di «inverno tecnologico»[26] e di proclami

---

[22] Il *DSA*, Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022, e il *DMA*, Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022, costituiscono due importanti atti normativi mediante i quali l'Unione europea è intervenuta recentemente a regolare il sempre più complesso mercato digitale, disciplinando, nel primo caso i servizi digitali, con particolare riferimento alla responsabilità degli attori che li erogano, e, nel secondo caso, le piattaforme *online* di grandi dimensioni che, in qualità di *gatekeeper*, fungono ormai da rilevante punto di accesso tra utenti commerciali e finali, disponendo di un potere di controllo tale da influenzare il livello di competitività degli operatori. Sull'argomento cfr. Per un approfondimento sulle novità dei nuovi atti regolamentari in materia di servizi digitali cfr., tra gli altri, A. de Streel, P. Larouche, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, 2, 2021; M.R. Allegri, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021; S. Scagliarini, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica, cit.;* A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci *(a cura di), Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Amministrazione, responsabilità, giurisdizione,* Bologna, 2022.

[23] Il *Data Act*, Regolamento (UE) 2023/2854 del 13 dicembre 2023, costituisce l'ultimo atto in ordine di tempo adottato a livello sovranazionale destinato a disciplinare il mercato dei dati, fulcro dello scenario digitale e carburante fondamentale dei sistemi di intelligenza artificiale. L'atto, che produrrà i suoi effetti giuridici solo a partire dal 2025, regola la condivisione e il trasferimento dei dati prodotti dai prodotti connessi.

[24] Questa è la definizione utilizzata dal Garante per la protezione dei dati personali nel comunicato stampa *Convenzione 108: pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge che ratifica in Italia il Protocollo di modifica. Più garanzie e diritti per le persone per affrontare le sfide poste dall'era digitale*, pubblicato sul sito ufficiale dell'Autorità il 13 maggio 2021, doc. n. 9585156.

[25] Il Garante per la protezione dei dati personali ha evidenziato, infatti, che il percorso regolativo avviato dal legislatore europeo è ormai «spesso utilizzato come fonte di ispirazione dai Paesi che intendono adottare nuove normative in materia di rispetto della vita privata o armonizzare quelle già esistenti con gli standard internazionali».

[26] Si suole utilizzare tale termine per indicare il periodo più buio nella storia degli studi in materia di IA in contrapposizione alla «primavera dell'IA», la fase inaugurale caratterizzata da un vero e proprio «entusiasmo scientifico» determinato dai promettenti risultati del *Darthmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (1956) e basato sulla convinzione che la ricerca potesse condurre alla creazione di sistemi artificiali capaci non solo di replicare esattamente le attività cognitive dell'essere umano, ma anche di imparare dall'esperienza, di risolvere problemi specifici e di pianificare decisioni future. L'inverno dell'IA fu causato principalmente da una serie di esperienze negative che dimostrarono, almeno per quel determinato contesto tecnologico, che le scoperte compiute, pur presentando uno straordinario valore scientifico, mostravano notevoli criticità operative una volta trasferite al di fuori dei laboratori e calate all'interno di ambienti reali e complessi o poste dinanzi a problemi di più difficile risoluzione. Per una ricostruzione delle fasi dell'Intelligenza Artificiale cfr., tra gli altri, a A.M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind,* V. LIX, Issue 236, 1950; A. L. Samuel, *Some Studies*

fantascientifici[27], ha innalzato inaspettatamente ancora una volta il livello di allerta data la necessità di far fronte a nuove e impreviste sfide.

La cifra del cambiamento insiste indubbiamente sulle caratteristiche innovative di questa tecnologia inserite all'interno di uno scenario, quello dei dati e dell'ubiquità connettiva, estremamente vantaggioso per il suo sviluppo.

Come è noto, infatti, con il termine di IA si fa riferimento a quei sistemi che, «dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulle conoscenze, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato»[28]. Ed è a partire proprio da questa «capacità di ragionamento», che nelle più avveniristiche intenzioni dei suoi progettatori intende arrivare ad emulare quella umana, che emergono le maggiori insidie per l'individuo e per la tutela della sua identità in un'ottica evolutiva.

L'elemento innovativo dell'IA consiste, infatti, nella capacità di individuare, in tempi estremamente ridotti, relazioni sottese e ignote tra gli innumerevoli dati che sono oggi a disposizione, portandole alla luce e «trasformandole» in informazione significative. Connessioni che l'uomo, anche quello più esperto, non sarebbe mai in grado di cogliere da solo a causa della naturale limitatezza delle sue capacità di calcolo e di comprensione.

Un processo questo che è evocativamente riassunto nel termine *data mining*: in un mondo basato sulla incessante produzione di dati, il motore dell'economia è, infatti, rappresentato da una vera e propria attività di estrazione e di elaborazione «intelligente» di frammenti

---

in Machine Learning Using the Game of Checkers in *IBM Journal of Research and Development,* 3, 1959; M. Minsky, S. Papert, *Perceptrons: An Introduction to Computational Geometry,* in *The MIT Press*, Cambridge MA, 1969; J. Weizenbaum, *Computer Power and Human Reason: From Judgment to Calculation,* in *The Journal of Mind and Behavior*, San Francisco, 1976; J. Mccarthy, *What is Artificial Intelligence,* Computer Science Department, Stanford University, 2004; S. J. Russell, P. Norvig, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, Torino, 2005; J. McCarthy, M. L. Minsky, N. Rochester, C.E. Shannon, *A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence,* 1955, in *AI Magazine*, 4, 2006.; Y. Lecun, Y. Bengio, G.Hinton, *Deep Learning* in *Nature*, 2015; P. Ongsulee, *Artificial intelligence, machine learning and deep learning*, 15th International Conference on ICT and Knowledge Engineering (ICT&KE), 2017; M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, trad. it a cura di F. Calzavarini Bologna, 2019; L. Floridi, F. Cabitza, *L'intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milano, 2021; G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile, op. cit.*; S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; G. Cerrina Feroni, C. Fontana, E. C. Raffiotta (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2022; A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci *(a cura di), Intelligenza artificiale e diritto*, cit. Si consenta di far riferimento anche a D. Messina, *La tutela della dignità nell'era digitale: prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e Intelligenza Artificiale*, cit.

[27] Come non citare le famose tre leggi ideate negli anni '40 dallo scrittore russo naturalizzato americano Isaac Asimov in seguito ad alcune riflessioni compiute sulle macchine robotiche oggetto dei suoi racconti di fantascienza. Nel dettaglio essere recitano: «(1) Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno. (2) Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravvengano alla Prima Legge. (3) Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge». In seguito, l'autore aggiunse una nuova legge che si antepone alle tre già formulate in quanto da queste non può essere contrastata: «(0) Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno». I. Asimov, *Runaround*, New York, 1942; I. Asimov, *Robots and Empire*, New York, 1985.

[28] High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, 18 December 2018, spec. 8. Rileva sottolineare che la definizione presente nella Proposta di Regolamento dell'IA COM (2021) 206 final è significativamente diversa a dimostrazione della complessità di un fenomeno che risulta complesso da inquadrare sin dalla descrizione del suo oggetto principale. All'art. 3, par. 1, infatti, l'IA è indicata come un «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

conoscitivi estratti da immense «miniere informative» con il fine di ricavare nuovo sapere e individuare relazioni significative, non ancora note.
È evidente che tale straordinaria abilità inferenziale che consente di scoprire nuovi e inaspettati percorsi conoscitivi, nonostante le sue innegabili potenzialità per il progresso della società, pone delle criticità nel momento in cui viene destinata non alla mera ottimizzazione di processi produttivi, bensì all'individuo.
Sviluppare nuovi sentieri conoscitivi a partire da enormi quantità di dati elaborati mediante crescenti capacità di calcolo produce, infatti, una serie di conseguenze di particolare rilievo sull'effettiva capacità dell'individuo di autodeterminarsi e, quindi, di delineare autonomamente e consapevolmente la propria identità personale all'interno di una società datocentrica.

Si fa riferimento, in primo luogo, ai meccanismi automatizzati di profilazione, già vietati in gran parte nell'alveo del Regolamento in materia di protezione dei dati personali[29], che a seguito dell'innesto dei sistemi di IA sono diventati ancor più sofisticati e, nelle implementazioni più pervasive, rischiano di limitare gli orizzonti conoscitivi dei soggetti che si affidano a tali strumenti. Si pensi ad esempio alle cd. *epistemic bubbles*[30], vere e proprie «bolle» di carattere epistemico nelle quali gli utenti delle piattaforme digitali tendono sempre più a rifugiarsi, spesso inconsapevolmente, innestando, dinanzi alla vorticosa fiumana di dati che emergono in Rete, un processo di selezione per omissione delle informazioni, conoscenze, relazioni e valori che contrastano con la propria visione del mondo; o ancora le cd. *eco-chambers,* ambienti virtuali nei quali le opinioni, ripetutamente ribadite, subiscono un processo di radicalizzazione trasformandosi in assiomi che conducono a rifiutare perfino la veridicità dei fatti, ciò che è realmente accaduto e/o è stato concretamente e ufficialmente dimostrato.
È evidente che fenomeni di questo tipo sono in grado di minare quel plurale e costruttivo confronto di idee e di conoscenze che rappresenta da sempre l'anima vitale della libertà di manifestazione del pensiero, elemento cardine dell'ordine democratico[31]. Il pericolo che ne deriva consiste in un depauperamento inconsapevole delle opportunità informative che viene a sua volta a incidere sulla crescita dell'individuo e sulla relativa capacità di essere soggetto che partecipa attivamente ai processi decisionali della propria comunità[32].
Se queste attività di profilazione rischiano di determinare una limitazione dei percorsi di sviluppo della identità personale spingendo l'individuo a confrontarsi solo con idee e valori simili e mai diversi, ancor più rischioso si presenta l'utilizzo dell'IA per analisi di tipo predittivo. La pretesa di anticipare il risultato del processo decisionale o comportamentale di un individuo sulla base di una intensa attività di elaborazione dei dati precedentemente raccolti, se estremizzata, rischia, infatti, di minare uno dei cardini delle società democraticamente avanzate che consiste nel riconoscimento e nella tutela dell'individuo come soggetto libero di agire nel rispetto, ovviamente, di principi e di valori condivisi. La *predictive analysis,* pertanto, seppur di grande sostegno per l'ottimizzazione dei processi produttivi, nel momento in cui viene applicata alla sfera di azione del singolo finisce con l'insinuarsi nei territori dell'autodeterminazione personale trasformandosi in una «questione»

[29] Si fa riferimento all'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679 che stabilisce in maniera esplicita che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».
[30] Sul punto cfr., tra gli altri, T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia delle fake news*, in *Sistemi intelligenti, Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale*, 3, 2019; C. Nguyen, *Echo chambers and epistemic bubbles,* in *Episteme*, 2, Cambridge, 2020, 141 ss.
[31] Si v. Corte cost., *ex multis*, sentt. n. 9/1965, n. 25/1965, n. 84/1969, n. 112/1993, n. 293/2000.
[32] Sull'argomento A. Papa, *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Consulta online - Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020.

di libertà e di esercizio di diritti fondamentali. È indubbio, infatti, che l'adozione di decisioni in vista di un comportamento che potrebbe potenzialmente verificarsi in futuro, anche con un'elevata probabilità, ma di cui non si ha una assoluta certezza, svuota di significato il concetto stesso di libertà e determina, come è stato sottolineato, il collasso di un sistema che si fonda, invece, sul baluardo della responsabilità individuale e sul legame assiologico fondamentale esistente tra causa ed effetto[33]. Il rischio che si palesa, quindi, è che le decisioni algoritmiche di tipo predittivo siano in grado di ridurre, in maniera non accettabile per scenari democratici, le possibilità di scelta del singolo, nonché di inibire l'esercizio di libertà fondamentali o limitare l'erogazione di servizi essenziali sulla base di semplici presunzioni che non tengono conto della sua capacità evolutiva e dell'imprevedibilità degli eventi che possono modificare il corso della sua esistenza.

La terza sfera di criticità relativa ai sistemi automatizzati attiene al modo in cui l'IA è progettata, addestrata e implementata. Diversi, infatti, sono i metodi attraverso cui è possibile programmare i sistemi e molteplici sono le vie che può intraprendere il percorso decisionale automatizzato[34]. In ogni caso, però, dietro ad ogni singola macchina è indubbia la presenza di un essere umano che ha progettato e concretamente realizzato lo strumento per il conseguimento di un fine specifico.

Tale considerazione per quanto apparentemente ovvia è, invece, carica di significato perché consente di porre l'accento su un aspetto rilevante e denso di conseguenze: gli algoritmi su cui si fonda l'IA non sono elementi neutri, ma incorporano inevitabilmente il sistema di valori, principi e regole che caratterizzano il soggetto che materialmente li realizza (o li progetta)[35]. Si tratta di un'influenza che può essere espressamente voluta al fine di raggiungere un determinato obiettivo oppure assolutamente inconsapevole, ma che in ogni caso è testimonianza dell'assenza *ab origine* di un presunto comportamento asettico delle macchine durante il percorso decisionale.

Inoltre, dal momento che il carburante fondamentale dell'IA è costituito dai dati presenti all'interno dell'ecosistema digitale, gli esiti ottenuti rappresentano inevitabilmente il riflesso del livello quali-quantitativo delle informazioni raccolte e utilizzate per alimentare i relativi processi decisionali. Accanto, quindi, al momento della progettazione assume estremo rilievo anche la fase di addestramento delle singole macchine: dati errati, incompleti o semplicemente non aggiornati possono, infatti, alterare la genuinità del ragionamento artificiale e questo può condurre fatalmente a risultati lesivi per determinate categorie di soggetti o negare opportunità, beni e servizi per motivi che risultano irragionevoli o inappropriati[36].

Il combinato agire di questi due aspetti – iniziale influenza del fattore umano, da un lato, e significatività dei dati, dall'altro – svela un ulteriore aspetto critico dell'IA che consiste, in mancanza di specifiche norme in materia, nella sua naturale propensione ad essere

---

[33] A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale,* in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, 93.

[34] Se si pensa che esistono diverse tipologie di *machine learning* che a loro volta vengono suddivise (almeno per ora) in tre distinte macrocategorie denominate in maniere significativa *supervised learning* (apprendimento supervisionato), *unsupervised learning* apprendimento non supervisionato) e *reinforcement learning* (apprendimento per rinforzo), senza tener conto delle continue capacità evolutive di tali sistemi, è possibile intuire, pur in assenza di specifiche conoscenze tecniche, la grandezza e la varietà del fenomeno e le criticità che si celano nell'utilizzo di tali tecnologie. Per un approfondimento cfr. nota 26.

[35] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019 84, il quale afferma che: «Il punto dirimente, infatti, è che, pur ammettendo di trovarci dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile […] e posto anche che esso non rappresenti la motivazione esclusiva della decisione […], l'algoritmo può essere di per sé discriminatorio e, dunque, incostituzionale».

[36] B. Friedman H,. Nissenbaum, *Bias in Computer Systems*, in *ACM Transactions on Information Systems,* 3, 1996; A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, 96.

potenzialmente discriminatoria.
Come è stato espressamente sottolineato dalla Commissione Europea nel febbraio 2020 all'interno del *Libro Bianco* sull'intelligenza artificiale, in assenza di puntuali regole e meccanismi di controllo, l'utilizzo di strumenti automatizzati presenta il rischio intrinseco di perpetrare o accentuare discriminazioni già esistenti e basate «sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale»[37].
Si tratta di uno spettro estremamente ampio e complesso di possibili conseguenze che inevitabilmente si pongono in contrasto con l'assetto democratico delle società moderne mettendo in pericolo quell'uguaglianza formale e sostanziale che si pone, invece, alla base del sistema dei valori e dei principi di tali ordinamenti. L'attitudine discriminatoria di tali strumenti, infatti, è in grado di esprimersi con connotazioni diverse e manifestarsi sotto molteplici forme[38].

Non potendo soffermarsi in maniera dettagliata sul punto, preme evidenziare una peculiare dimensione delle vie discriminatorie che l'IA può intraprendere. Si fa riferimento al caso in cui l'esito discriminatorio non si manifesta in maniera palese dal momento che risulta «nascosto» dietro un risultato decisionale che appare a prima vista neutro, manifestando i suoi effetti solo successivamente nel tempo. In tali situazioni si parla di *proxy discrimination*, in quanto la decisione algoritmica, nonostante utilizzi agli occhi degli osservatori parametri tendenzialmente inclusivi, viene ad assumere indirettamente, appunto «per procura», una valenza iniqua che è non immediatamente percepibile[39].
È evidente che in presenza di tale fenomeno ci si addentra nell'ambito più oscuro del panorama dell'IA in quanto il numero elevato dei dati processati e la potenza di calcolo che contraddistingue questo settore rendono estremamente complicato individuare tali esiti e le correlazioni sottese che li determinano.
Studi evidenziano che tali tipologie di *bias*, in continua crescita a causa dell'ampliamento delle funzionalità dell'IA potenziata dai *big data*, non solo sono estremamente difficili da individuare, ma anche particolarmente complesse da estirpare dal processo decisionale. È stato rilevato, infatti, che il tentativo di eliminare dal *set* di dati di partenza le informazioni neutre che fungono da «ponte indiretto» per la discriminazione finale ovvero di individuare categorie sempre più ristrette di informazioni legalmente protette e, quindi, non sottoponibili a trattamento, potrebbe addirittura esacerbare aspetti già critici di tale fenomeno, spingendo le macchine a cercare collegamenti via via sempre meno intuitivi per l'uomo[40]. Questo condurrebbe all'estrema conseguenza di macchine che esternamente raggiungono lo scopo finale prefissato, ma che di fatto adottano decisioni indirettamente discriminatorie per le quali non è più possibile comprendere umanamente la *ratio* che ne è alla base.
Tale processo di progressiva «chiusura» da parte dei sistemi che utilizzando il *machine learning*,

[37] Commissione Europea, *White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust*, 2020.
[38] *AI Advisory Body*, United Nation, *Interim Report: Governing AI for Humanity*, cit.
[39] Per una dettagliata analisi del fenomeno della *proxy discrimination* e delle sue molteplici sfumature applicative cfr. A.E.R. Prince, D. Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *105 Iowa L. Rev.*, 2020, 1257 ss. Sul punto cfr., anche, F.Z. Borgesius, *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Anti-discrimination Department of the Council of Europe, Strasbourg, 2018; E. Santow, *Can Artificial Intelligence Be Trusted with Our Human Rights?* in *AQ: Australian Quarterly*, 4, 2020.
[40] A tal proposito, A.E.R. Prince, D. Schwarcz, ult. op. cit., 1276, propongono l'esempio di un'intelligenza artificiale priva di informazioni relative ai risultati dei test genetici di una persona. In assenza di informazioni direttamente correlate, come nel caso dei dati relativi alla storia familiare dell'individuo, al fine di conseguire tali risultati predittivi, il sistema elaborerà tutte le informazioni a sua disposizione, dalle abitudini di fruizione dei servizi televisivi, alle abitudini di spesa, sino ai dati geolocalizzati. In questo modo, l'IA artificiale sarà in grado di raggiungere il medesimo risultato, ma seguendo un percorso logico non comprensibile dall'essere umano e, quindi, opaco.

invero, è parzialmente già in atto e rappresenta sicuramente uno degli aspetti più controversi del rapporto tra uomo e IA. Si fa riferimento, in particolare, al fenomeno delle *black box*[41] la cui definizione, mutuata dalla teoria dei sistemi, mira a identificare tutti quei casi in cui non sia possibile risalire al processo decisionale che ha condotto al risultato prodotto dalla macchina pur essendo noto il *set* di dati utilizzato in partenza. In tali situazioni, infatti, l'algoritmo opera appunto come una «scatola nera» che risulta impenetrabile dall'esterno: l'uomo ha la possibilità di osservare il momento in cui le informazioni entrano nel sistema e anche l'esito della loro elaborazione, ma non è in grado di comprendere la logica sottesa al risultato ottenuto.

È evidente che in tale ambito il rischio che ne deriva per l'esercizio di libertà e diritti fondamentali risulta essere particolarmente elevato. Macchine che presentano forme di opacità intrinseca, infatti, non solo mettono in crisi l'elemento cardine della motivazione dei processi decisionali, ma rischiano di trascinare con sé, nei meandri delle *black box,* discriminazioni e distorsioni già esistenti tramutandole in regole e, quindi, «inquinando» *ab origine* l'intero processo decisionale.

Non è da escludere, pertanto, che in assenza di una supervisione umana esterna, sistemi di questo tipo siano capaci di perpetuare nel tempo scelte lesive per soggetti sottoposti a valutazione attraverso la creazione di ulteriori e, soprattutto, imprevedibili nuove forme discriminatorie che potrebbero originarsi a cascata proprio a partire dall'individuazione di correlazioni ulteriori tra informazioni già intrise di *bias* di primo livello.

In questo modo l'IA, nata con l'intento di replicare le capacità di ragionamento dell'essere umano per ottimizzare processi produttivi e decisionali con il fine ultime di migliorare le condizioni di vita dell'individuo e della sua comunità, rischia di diventare, al contrario, il suo peggior nemico, non solo mettendo in crisi diritti e libertà già riconosciuti e garantiti, ma favorendo lo sviluppo di situazioni discriminatorie nuove e potenzialmente oscure.

4. Dall' identità personale alla tutela della dignità nella dimensione dinamica di diritto di autodeterminarsi nello scenario tecnologico. L'analisi fin qui svolta consente di affermare che le trasformazioni tecnologiche in atto, nonostante, è bene ribadirlo, la loro rilevanza ai fini dello sviluppo delle moderne società, sono in grado di porre una serie di rilevanti sfide per l'identità, sia sotto il profilo della sua corretta rappresentazione in un panorama caratterizzato da strumenti che immagazzinano potenzialmente sine die frammenti informativi personali, sia sotto il profilo della naturale evoluzione della personalità dell'individuo moderno.

La persona che, a ben vedere, rappresenta il principio e il motore fondamentale dello scenario digitale fornendo, tramite il dato personale, la prima e più rilevante risorsa produttiva di tale ecosistema, si trova, infatti, a essere paradossalmente anche l'elemento maggiormente «in pericolo» a causa di un processo trasformativo in continuo divenire capace di insinuarsi sempre più tra gli spazi di definizione della sua identità personale e di azione nella sfera sociale.

L'utilizzo di tecnologie automatizzate fondate sul trattamento dei dati personali, complice l'agire della Rete *internet* che amplifica gli spazi e il tempo e rende sempre più labili i confini tra sfera personale e sociale, è, infatti, in grado di influire sulla corretta rappresentazione della persona, del suo bagaglio di conoscenze e competenze, creando una discontinuità, non voluta

[41] Il termine è divenuto ampiamente famoso grazie al lavoro di F. Pasquale, *The Black Box Society - The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2016. Sul punto, cfr. anche J.A. Kroll, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Phil. Trans. R. Soc.,* 376, 2018; H. Shah, *Algorithmic Accountability,* in *Phil. Trans. R. Soc*., 376, 2018; D. Pedreschi, F. Giannotti *et al.*, *Open the Black Box. Data-driven Explanation of Black Box Decision Systems,* in *ArXiv*, 2018.

o ricercata, tra ciò che si è e ciò che appare all'esterno, con il rischio di trasmettere agli altri un'immagine significativamente diversa da quella in cui l'individuo effettivamente si riconosce.

Il moltiplicarsi delle richieste di «essere dimenticati» al fine di spezzare un legame con un passato che si annida furtivo tra le increspature della Retee che cristallizza e mai evolve la proiezione esterna dell'individuo[42] ovvero delle istanze di deindicizzazione[43] orientate al recupero di una nuova «intimità» in un'ottica digitale sono, infatti, l'espressione più significativa di una «narrazione» della persona che all'interno dello scenario tecnologico risulta influenzata dall'agire di strumenti che non sono in grado di percepire il divenire come uno degli elementi caratterizzanti la personalità dell'individuo.

Inoltre, i fenomeni di polarizzazione delle opinioni che restituiscono immagini di individui «ingabbiati» in *eco-chambers* ed *epistemic bubbles* rappresentano, difatti, il precipitato più significativo e, al contempo, potenzialmente lesivo di un processo *apparentemente* orientato al pieno soddisfacimento delle esigenze della persona tramite la creazione, però, di prodotti perfettamente rispondenti alle caratteristiche di profili artificiosamente delineati a partire dai dati personali; prodotti, si badi bene, che in tale contesto vengono intesi non solo come merci e servizi, ma – e questo risulta essere l'aspetto maggiormente critico – anche come opinioni, idee e valori[44].

In un panorama così definito, come è stato efficacemente evidenziato, «la tecnologia influisce sulla decisione umana non perché espressamente le viene chiesto di sostituirla, ma perché fornisce la base informativa su cui tale decisione verrà (liberamente?) presa»[45]. In questo modo, la creazione di contenuti, soprattutto informativi, destinati a soddisfare in maniera ottimale esigenze, preferenze e tendenze consolidate, rischia di svilire il consapevole e autonomo percorso di formazione dei più intimi convincimenti dell'individuo poiché tende a tradursi in un significativo ridimensionamento di quel fluire incessante e di quell'insostituibile confronto di conoscenze, idee e opinioni ritenuto dalla giurisprudenza costituzionale «presupposto insopprimibile per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico»[46].

---

[42] Si fa riferimento al diritto all'oblio definito dalla Corte di cassazione come il «giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata», ma ormai non più di interesse per la collettività. Cass., n. 3679/1998. Sul punto, senza pretesa di esaustività, cfr. G. Napolitano, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice),* in *Riv.inf. e informatica*, 1996; L. Crippa, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. Civ*., 1997; G. Cassano, *Il diritto all'oblio esiste: è diritto alla riservatezza,* in *Dir. fam.* 1998; P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, in *Il Foro italiano*, I, 1998, commento a Cass. civ., n. 3679/1998; E. Gabrielli (a cura di), *Il diritto all'oblio – atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999; M.R. Morelli, (voce) *Oblio (diritto all')*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. VI, 2002; F. Pizzetti, *Il caso del diritto all'oblio,* Torino, 2013.

[43] Il diritto alla deindicizzazione, che come è noto, ha trovato un primo riconoscimento normativo all'interno del Regolamento (UE) 2016/679, all'art. 17, in seguito all'ormai celebre sentenza *Google Spain* (Corte Giust., sentenza *Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, causa 131/12) è inteso come il diritto di richiedere al fornitore di un motore di ricerca on line la rimozione dei collegamenti a pagine web dall'elenco dei risultati visualizzati a seguito di una ricerca effettuata sulla base del suo nome. Sul punto cfr., tra gli altri, R. Pardolesi, *L'ombra del tempo e (il diritto al) l'oblio*, in *Questione Giustizia*, 1, 2017, 76; F. Di Ciommo, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché,* in *Il Corriere Giuridico- Gli Speciali, 2018;* O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf.*, 2014; O. Pollicino, M. Bassini, *Bowling for Columbine. La Corte di giustizia sul caso Google Spain: l'oblio (quasi) prima di tutto?*, in *Diritto24*, 2014.

[44] D. Messina, *La tutela della dignità nell'era digitale*, cit.

[45] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 71.

[46] Corte cost., sentenza 20 luglio 1990, n. 348. Sul vitale legame intercorrente tra il pluralismo informativo e l'assetto democratico la Corte Costituzionale si è più volte espressa enucleando che «l'imperativo costituzionale

Tutto questo, infine, all'interno di uno scenario che si presenta significativamente «opaco» perché caratterizzato da strumenti, come quelli connessi all'IA, il cui funzionamento risulta troppo spesso non trasparente, sia con riferimento alle modalità di addestramento delle macchine, orientate pericolosamente verso non precisati percorsi di autoapprendimento; sia con riferimento al livello qualitativo delle informazioni elaborate. A ciò si aggiunge la già citata assenza di neutralità che caratterizza gli algoritmi impiegati da tali tecnologie, i quali non solo incorporano i valori e le visioni dei soggetti che li realizzano o li commissionano, ma rappresentano anche lo strumento attraverso cui poche grandi imprese, le cd. *Big Tech*, di fatto modellano attualmente la società digitale, delineando con le proprie piattaforme i confini entro cui l'individuo moderno si trova a sviluppare prevalentemente la propria persona.

In tale prospettiva, la tutela dell'identità personale nell'era digitale viene ad acquisire una connotazione più complessa e, se possibile, rilevante in un'ottica sistemica, ricollegandosi alla preservazione dello stesso assetto democratico delle moderne società nel momento stesso in cui si assume che «senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia»[47]. In presenza di una correlazione così forte e vitale, infatti, la possibile atrofizzazione di libertà e di diritti causata da un fenomeno tecnologico particolarmente pervasivo, mette in pericolo l'essenza stessa di tali comunità organizzate, rischiando di determinarne la loro lenta erosione. Se ad essere messa in crisi non è solo, seppur nella sua rilevanza, la capacità di garantire a tutti una veritiera rappresentazione della propria persona senza arbitrari interventi esterni, ma è anche la stessa possibilità di definire autonomamente e consapevolmente il proprio percorso esistenziale e, quindi, il proprio *status* di persona libera e consapevole, allora la tutela dell'identità personale all'interno dello scenario digitale diventa una questione di tutela di quel valore «fondamentale e fondante» che anima le costituzioni moderne e ne giustifica la relativa efficacia normativa.

Un valore che, nel complesso sistema di diritti e di libertà riconosciuti e garantiti dalle società democratiche, viene ad annidarsi tra le sfumature polivalenti della stessa dignità umana[48], la

secondo cui «il 'diritto all'informazione' garantito dall'art. 21 sia qualificato e caratterizzato: a) dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti; b) dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti; c) dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata; d) dal rispetto della dignità umana, dell'ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori». *Ex multis*, Corte cost., sent. n. 112/1993 e n. 69/2009. Sul punto cfr. A. Papa, "*Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 1, 2017.

[47] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, VII, riprendendo un passaggio della nota introduzione in cui l'A. individua un imprescindibile legame tra diritti dell'uomo, democrazia e pace: «Diritti dell'uomo, democrazia e pace sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico: senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti. La democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali; ci sarà pace stabile, una pace che non ha la guerra come alternativa, solo quando vi saranno cittadini non più soltanto di questo o quello stato, ma del mondo».

[48] Pur essendo di utilizzo comune, il termine dignità, come è noto, si caratterizza per un'ampia varietà di sfumature di significato che variano al variare del contesto in cui lo stesso viene utilizzato. Una dinamicità che contraddistingue tale valore anche nel caso in cui l'analisi venga condotta da un punto di vista esclusivamente giuridico. Il dibattito dottrinale in materia oscilla, infatti, principalmente anche se non esclusivamente, tra una impostazione universalistica, che riconosce nella dignità un valore intimamente connesso all'essere umano in quanto tale e, pertanto, indisponibile e irretrattabile, e una relativistica che le conferisce significato in funzione del ruolo che l'individuo assume all'interno della società. Tra la concezione della dignità come "dote" e quella che la considera, invece, una qualità che si acquista nel corso della vita, la cui intensità dipende dal contributo reale e concreto che l'individuo offre alla comunità, si inseriscono, poi, visioni interpretative intermedie che, partendo dalla critica alle derive estremiste dei due richiamati orientamenti, cercano di individuare un

quale, connettendosi alla trama di valori e di principi che compongono l'architettura dello Stato di diritto, ne costituisce la relativa «linfa vivificante»[49], definendo il motivo primario del suo essere e il fine ultimo del suo divenire.

D'altra parte, quale dignità può riconoscersi ad un individuo che viene a ritrovarsi in uno scenario tecnologico capace di influenzare e plasmare i momenti di determinazione delle sue scelte esistenziali, di oltrepassare i limiti posti a tutela della sua riservatezza, di alterare il naturale avvicendarsi tra ricordo e oblio e di condizionare il consapevole esercizio di diritti e libertà fondamentali? Quale dignità, ancora, può riconoscersi ad un individuo la cui corporeità fisica, per il tramite dei suoi stessi dati, può potenzialmente subire una trasfigurazione esterna dando una visione difforme, non voluta e non riconosciuta, della propria identità?

Ecco che allora, nell'orizzonte evolutivo in senso democratico delle moderne società digitali, la dignità, «stella polare» del firmamento dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti e garantiti all'interno di uno Stato di diritto, che definisce «il fine ed il confine […], la radice da cui essi senza sosta si alimentano e per il tramite della quale si inverano nell'esperienza»[50], emerge quale valore di riferimento per la delineazione del quadro normativo di regole che dovranno caratterizzare il prossimo futuro dell'evoluzione tecnologica. Si fa riferimento, in particolar modo alla «dimensione prospettica di tale valore supremo»[51], incardinata nelle costituzioni europee[52], che attiene alla pretesa dell'individuo, nella sua duplice veste di singolo

bilanciamento tra le due contrapposte visioni. In tale ottica, la dignità viene riconosciuta, in alcuni casi, come presupposto assiologico dei diritti fondamentali (G. Silvestri); in altri come meta-diritto in quanto «fine e confine di ogni diritto e di tutti assieme» (A. Ruggeri); in altri ancora, emerge come elemento addizionale rispetto ad una dignità originaria che afferisce comunque a ogni essere umano e che risulta dalla capacità del singolo di sfruttare le "*chance*" di una vita degna (M. Ruotolo). Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, cfr. G. M. Flick, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli*: *una riflessione problematica*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2006; G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, in *Rivista AIC;* A. Argiroffi, P. Becchi, D. Anselmo (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana - Atti del Convegno internazionale*, Roma, 2008; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009 G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative,* in *Politica del diritto*, 1, 2011; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale* in *Rivista AIC*, 1, 2011; M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV. *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; P. Becchi, *Il principio della dignità umana*, Brescia, 2013; A. Sperti, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it,* 1, 2013; A. Ruggeri, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in *Diritttifondamentali.it,* 2014; G.P. Dolso (a cura di), *Dignità*, *Eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019.

[49] F. Mantovani, *Persona (delitti contro la),* in *Enciclopedia del Diritto*, II, 2, 2008, 842.

[50] A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni,* in *Federalismi.it*, 2013, 9.

[51] Così Cass., sent. n. 7260/2018. Nel caso di specie, il Sommo consesso, in occasione di un dibattimento avente ad oggetto una situazione di colpevole ritardo medico nella diagnosi di una malattia aggressiva, ha individuato nell'autodeterminazione individuale una specifica «dimensione prospettica» del valore supremo della dignità umana.

[52] Come è noto, la dignità ha assunto uno specifico e decisivo ruolo «costituente» nello scenario europeo, divenendo l'elemento portante intorno al quale formare quel sostrato di principi e di valori sul quale oggi sono saldamente ancorati i pilastri dell'Unione. Valore centrale del *Grundgesetz*, il cui art. 1 ne proclama l'intangibilità e l'impossibilità di sottoporla al bilanciamento con altri diritti fondamentali, la dignità è elemento fondante anche della costituzione spagnola che ne consacra la rilevanza sin dal suo preambolo e della costituzione portoghese che, all'art. 1, la individua tra i valori su cui si fonda la Repubblica. La dignità emerge direttamente anche nel preambolo delle costituzioni irlandese, bulgara, polacca ed è, invece, racchiusa nell'art. 1 delle costituzioni austriaca, rumena e finlandese. Infine, viene riconosciuta anche dalla fonte principale dell'ordinamento greco (artt. 2, 7 e 106); di quello lettone (art. 95); ungherese (art. 2); estone (art. 10) e, infine, in quello belga (art. 23). La Costituzione italiana, invece, non contempla una esplicita disposizione dedicata al riconoscimento della centralità della dignità umana, ma come è ampiamente stato evidenziato dalla dottrina, ben lungi dal rivestire un ruolo marginale tale valore, al contrario, viene a permeare l'intero quadro costituzionale e, manifestandosi attraverso il principio personalista, si pone quale orizzonte di riferimento

e di componente attivo di una comunità organizzata, di autodeterminarsi; di veder riconosciuto e garantito il proprio *status* di soggetto autonomo, consapevolmente orientato verso la definizione del proprio percorso evolutivo e della propria identità, libero da inammissibili condizionamenti esterni, ora sempre più di carattere tecnologico. In tale visione, come è noto, la persona diventa elemento centrale delle architetture costituzionali alla luce della convinzione che il riconoscimento della sua dignità e della relativa garanzia costituiscano elementi prodromici al pieno esercizio di diritti e libertà fondamentali e siano coessenziali alla compiuta realizzazione dell'assetto democratico.

In tale prospettiva, quindi, nell'accezione di valore «supercostituzionale»[53] e, per tale motivo, non bilanciabile in quanto essa stessa «bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati»[54], la dignità, all'interno di uno scenario che tende a ridurre ogni esperienza in dato, assume il compito fondamentale di indirizzare il rapporto tra uomo e tecnologia in un'ottica democraticamente orientata, in modo che l'inarrestabile sviluppo di quest'ultima guardi alla persona - sempre ed esclusivamente - quale soggetto libero di determinare autonomamente il proprio percorso esistenziale e di definire quale rappresentazione dare pubblicamente di sé[55], avendo «specifica percezione del sé, quale soggetto responsabile, e non mero oggetto della propria esperienza esistenziale»[56].

Questo in particolar modo all'interno di uno panorama che sembra sempre più orientarsi verso la ricerca di una perfezione produttiva e «decisionale» mediante l'ausilio degli strumenti digitali e dei sistemi di intelligenza artificiale; un panorama che viene inevitabilmente a collidere con ordinamenti giuridici che, invece, riconoscono piena dinamicità all'identità personale, individuando in essa la capacità di evolversi nel tempo, nutrendosi dei momenti di determinazione delle scelte esistenziali dell'individuo e di interazione con gli altri, in un imprevedibile connubio di casualità, emozioni, decisioni istintive e programmate che rendono unico il percorso di vita di ogni persona.

Una molteplicità di elementi, quindi, che contribuiscono in maniera non deterministica a definire i tratti dalla sua personalità e il cui libero dispiegarsi risulta dipendere dagli stesso spazi di libertà e dagli strumenti di tutela di cui il soggetto ha la possibilità effettiva di avvalersi all'interno di assetti democratici intesi «non soltanto come ideale o valore, ma come 'sistema' di realizzazioni concrete […], 'luogo' di maturazione della personalità dei componenti la comunità statale»[57].

In tale complesso intreccio, la dignità assume il ruolo di «baluardo» moderno a difesa dell'individuo contro le insidie dell'innovazione tecnologica, consentendo di garantire quell'esigenza di ispirazione «kantiana» che volge lo sguardo verso quest'ultimo unicamente «come fine e mai come mezzo»[58] alla luce della convinzione che ogni essere umano possegga

---

dell'evoluzione incessante della società. Il suo portato valoriale, infatti, si «insinua» all'interno della trama costituzionale, conferendo forma e sostanza al quadro dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti al suo interno e si pone quale punto di riferimento della loro ponderazione. Sul punto, cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit.; P. Becchi, *Il principio della dignità umana*, cit.

[53] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.,* 1991.

[54] G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. Cont.*, 2018, 11.

[55] In tale prospettiva è emersa, in maniera significativa, nella sentenza n. 7260/2018 pronunciata dalla Corte di cassazione italiana. Nel caso di specie, il Sommo consesso, in occasione di un dibattimento avente ad oggetto una situazione di colpevole ritardo medico nella diagnosi di una malattia aggressiva, ha individuato nell'autodeterminazione individuale una specifica «dimensione prospettica» del valore supremo della dignità umana.

[56] *Ibidem*, punto 9.

[57] A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., p. 24.

[58] N. Merker (a cura di), I. Kant, *Metafisica dei costumi* (1797), Roma-Bari 1973, 60; Sul punto anche P. Becchi, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana,* in *Ragion pratica*, 38, 2012, 30. L'A., infatti,

un «intrinseco valore» che lo definisce e lo caratterizza nell'arco di tutta la sua esistenza e che si nutre proprio di quel sistema di libertà e di diritti, nonché di istituti di garanzia di impronta democratica che gli consentono di sperimentare, conoscere, cambiare e, perfino, di sbagliare. Un «intrinseco valore», infine, che lo Stato ha il dovere di preservare e di tutelare in modo che non sia mai «svilito, compromesso o represso dagli altri e nemmeno dalle nuove tecnologie»[59].

5. La tutela della dignità nell'era digitale come direttrice di una nuova fase del processo di integrazione europea. «L'Unione europea (UE) è un'«unione di valori», sancita dall'art. 2 del trattato sull'Unione europea, e si fonda sul rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e sul rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Inoltre, secondo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'UE si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà»[60].

Questo è il significativo inciso con cui si apre la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, il documento mediante il quale gli Stati europei, sul finire del 2022, hanno tracciato formalmente la direzione che dovrà assumere la trasformazione digitale nello spazio europeo. La rilevanza di tale preambolo è evidente: pur riconoscendo il contributo apportato dalle nuove tecnologie in termini di miglioramento della qualità della vita, di crescita economica e di sostenibilità e sottolineando la volontà di garantirne e sostenerne lo sviluppo, l'Unione Europea ribadisce il sostrato di principi e di valori comuni che connotano la sua stessa essenza, eleggendolo a confine ultimo oltre il quale nessuna trasformazione tecnologica, neppure quella più affascinante, potrà mai spingersi.

In tale prospettiva, all'interno di uno scenario in continua evoluzione e sempre più insidioso, gli Stati membri dovranno operare al fine di creare un modello europeo per l'evoluzione digitale che, come indicato dallo stesso documento, metta al centro le persone, ponendole nelle condizioni di perseguire le loro aspirazioni (Capitolo I della *Dichiarazione*) e garantendone sempre la libertà di scelta nell'interazione con gli algoritmi e i sistemi di IA (Capitolo III della *Dichiarazione*). Un modello, quindi, che sia in grado di tutelare il percorso evolutivo dell'individuo, preservandone il diritto di autodeterminarsi e di agire consapevolmente all'interno della società digitale e, quindi, la sua stessa dignità.

È bene sottolineare che tale tensione «umanocentrica», che nella *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali* sembra trovare il suo più compiuto riconoscimento in quanto assume il connotato di indirizzo di riferimento e impegno condiviso a livello europeo, è di fatto espressione di un sentire diffuso, frutto di un percorso regolativo che ha avuto inizio da più di un decennio.

Già nel 2011, dinanzi ad uno scenario tecnologico che cominciava a mostrare tutta la sua capacità pervasiva in termini di profilazione dei cittadini europei, la Comunicazione della Commissione intitolata *Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea*[61] evidenziava la necessità di intervenire con una regolamentazione più incisiva che consentisse

ricostruendo il filone interpretativo a cui si è ispirata la giurisprudenza tedesca del dopoguerra, evidenzia che: «la perversione dell'ordinamento giuridico avviene laddove l'uomo da soggetto giuridico quale è viene ridotto a oggetto, a cosa».

[59] High-Level Expert Group on artificial intelligence, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines,* 8 aprile 2019*,* 12, punto 41.

[60] *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, presentata dalla Commissione Europea il 26 gennaio 2022 e firmata il 15 dicembre 2022 e pubblicata il 23 gennaio 2023.

[61] Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea, COM (2010) 609.

di rafforzare il controllo delle informazioni personali da parte dei soggetti interessati dall'impiego di strumenti di elaborazione delle informazioni personali, garantendo un consenso libero e informato. Si trattava del preludio di quella nuova stagione della tutela dei dati personali che sarebbe sfociata cinque anni dopo – a dire il vero una «eternità» se messa a confronto con il dinamico mondo della trasformazione tecnologica – con l'adozione del Regolamento (UE) 2016/679, dando vita all'attuale quadro normativo in materia basato sul consapevole utilizzo delle informazioni personali e su una maggiore responsabilizzazione dei titolari del trattamento.

Da allora tutti i più rilevanti interventi normativi di livello sovranazionale sono stati caratterizzati dalla previsione della dignità della persona, nella sua specifica declinazione dinamica di diritto ad autodeterminarsi, come principio cardine di riferimento per la regolazione dell'evoluzione tecnologica in atto.

Si pensi, ad esempio, al già citato *Digital Service Act* (DSA) che annovera tale valore tra i parametri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dei potenziali rischi sistemici determinati dalle piattaforme *online* e dei motori di ricerca di grandi dimensioni[62]. O ancora al *Data Act* che individua nel rispetto dell'autonomia decisionale dell'utente l'obbligo fondamentale a cui saranno sottoposti i titolari del trattamento con riferimento, in particolare, alla progettazione e alla creazione delle interfacce digitali dei prodotti connessi[63]. L'obiettivo, in questo caso, è quello di porre un freno al diffuso fenomeno lesivo dei *dark patterns*, tecniche di progettazione che sono in grado di ingannare i consumatori, in particolar modo quelli più vulnerabili, attraverso la creazione di interfacce che inducono ad adottare un comportamento indesiderato, a prendere decisioni in favore di operazioni di divulgazione dei dati, o per distorcere indebitamente il loro processo decisionale, in modo da sovvertirne e pregiudicarne l'autonomia e la scelta.

Il rispetto del diritto alla dignità umana, inoltre, è esplicitamente indicato tra gli obiettivi previsti dal dibattuto universo di regole che disciplineranno l'IA[64], primo tentativo di regolazione al mondo di tale tecnologia[65], e ripetutamente evocato tra i considerando della

[62] Si fa riferimento, in particolare, all'art. 34 del *Digital Service Act* (*DSA)*, cit.

[63] L' art. 4, c 4, del Regolamento del 2023, infatti, stabilisce che «I titolari dei dati non rendono indebitamente difficile l'esercizio delle scelte o dei diritti degli utenti a norma del presente articolo, ad esempio offrendo loro scelte in modo non neutrale o compromettendo o pregiudicando l'autonomia, il processo decisionale o le scelte dell'utente attraverso la struttura, la progettazione, le funzioni o il funzionamento di un'interfaccia utente digitale o di una sua parte».

[64] Nella relazione introduttiva alla proposta regolamentare, infatti, al paragrafo 3.5 si legge che: «Definendo una serie di requisiti per un'IA affidabile e di obblighi proporzionati per tutti i partecipanti alla catena del valore, la presente proposta migliorerà e promuoverà la protezione dei diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana (articolo 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8), alla non discriminazione (articolo 21) e alla parità tra donne e uomini (articolo 23)».

[65] La portata storica della prima regolazione in materia di IA e le difficoltà connesse all'individuazione di un idoneo punto di equilibrio tra il necessario sostegno alla diffusione di una tecnologia destinata a rivoluzionare la vita delle società moderne e l'imperativo costituzionalmente orientato di tutelare la dignità dell'individuo nell'era digitale si riflettono nei lunghi tempi di approvazione del quadro normativo delineato in materia in contrapposizione a una trasformazione estremamente veloce. Approvata nell'aprile 2021, la proposta è stata oggetto di un accordo politico solo nel dicembre 2023, il cui testo è stato approvato nel corso della prima metà del 2024 dal Parlamento e dal Consiglio e ha trovato pubblicazione in Gazzetta Ufficiale in data 12 luglio 2024 con il seguente riferimento: Regolamento (UE) 2024/1689. Sull'impianto generale della proposta e sulla connessa logica sottesa al *risk based approach* cfr., *ex multis,* F. Pizzetti, *La proposta di Regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 (COM (2021) 206 final) tra Mercato Unico e competizione digitale globale*, in *Diritto di internet*, 4, 2021; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto*, 3, 2021; O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: Verso una nuova governance europe*a, in *Privacy & - PWC*, 3, 2021; A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Amministrazione, responsabilità, giurisdizione,* Bologna, 2022; D. Messina, *La proposta di Regolamento europeo in materia di Intelligenza*

proposta normativa ancora in attesa della sua definitiva approvazione[66]. Tale valore, infatti, in tale articolata trama regolativa strutturata secondo un *risk based approach*, espressione della complessità della materia normata, opera come parametro di valutazione dell'impiego improprio di strumenti di IA e come limite esplicito a pratiche destinate alla manipolazione, allo sfruttamento e al controllo sociale (considerando 15), nonché all'utilizzo di sistemi che forniscono un punteggio sociale delle persone fisiche per finalità generali delle autorità pubbliche (considerando 17). La dignità, inoltre, costituisce in generale metro di riferimento nella individuazione e nella classificazione dei sistemi di IA ad alto rischio, sia relativamente ad applicazioni che possono avere ripercussioni negative per la salute e la sicurezza delle persone (considerando 28), che ad impieghi che sono in grado di influenzare l'accesso a prestazioni e servizi pubblici e servizi privati essenziali necessari affinché le persone possano partecipare pienamente alla vita sociale o migliorare il proprio tenore di vita (considerando 37).

A supporto di tale quadro normativo *in fieri* operano anche le *Ethics guidelines for trustworthy AI*[67] in cui è esplicito il richiamo ad uno sviluppo delle nuove tecnologie che sia in grado di preservare tale prezioso valore intrinseco dell'essere umano attraverso la definizione di uno scenario in cui «tutte le persone siano trattate con il rispetto loro dovuto in quanto soggetti morali, piuttosto che come semplici oggetti da vagliare, catalogare, valutare per punteggio, aggregare, condizionare o manipolare»[68].

Inoltre, particolarmente rilevante, anche se non direttamente espressione dell'agire del legislatore europeo, è il riconoscimento della dignità e dell'autonomia del singolo come rinnovata base di legittimazione del trattamento dei dati personali, avvenuto mediante la recente modifica della Convenzione n. 108 ad opera del Protocollo di emendamento del 2018[69].

È significativo, infatti, che nello stesso anno in cui è divenuto pienamente efficace il Regolamento europeo 2016/679, inaugurando come evidenziato una nuova era nel panorama della regolazione dei dati personali, il Consiglio d'Europa abbia deciso di intervenire in maniera rilevante proprio sull'atto che, nell'ormai lontano 1981, ha dato avvio al lungo percorso normativo multilivello che ha condotto all'attuale modello europeo di protezione dei dati.

Al di là della concomitanza delle date, però, tale intervento modificativo, ratificato in Italia con legge n. 60/2021[70], assume rilievo ai fini della presente analisi in quanto segna la definitiva evoluzione in senso convergente tra due sistemi normativi che, originati a partire da premesse inevitabilmente differenti, si caratterizzano ora entrambi per un sistema di regole in materia, a tratti sovrapponibili[71], che pone al centro saldamente l'individuo al fine di tutelarlo dinanzi

Artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal "pensiero artificiale", in *Media Laws – Rivista di diritto dei Media*, 2, 2022.

[66] Il termine dignità è esplicitamente citato nei considerando 15), 17), 28) e 37) e, nella sua dimensione dinamica di diritto all'autodeterminazione dell'individuo, è più volte indicato nel testo regolamentare.

[67] High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, 2019.

[68] *Ivi,* 12.

[69] *Protocollo di emendamento alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale*, Strasburgo 10 ottobre 2018.

[70] Legge n. 60/2021, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo di modifica alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, fatto a Strasburgo il 10 ottobre 2018*.

[71] La Convenzione ora accoglie una serie di principi già fatti propri dal legislatore europeo all'interno del Regolamento UE 2016/679. Si pensi, ad esempio, alla previsione di norme più rigorose con riferimento ai principi di proporzionalità e di minimizzazione dei dati, nonché alla trasparenza del loro trattamento; ovvero all'individuazione di nuovi diritti riguardo a processi decisionali basati su algoritmi o, infine, in maniera ancor più significativa, all'obbligo dell'applicazione del principio della «tutela della vita privata fin dalla fase di progettazione» che ricalca inevitabilmente l'ormai noto principio della *privacy by design ex* art. 25, GDPR.

all'impetuoso avanzamento delle tecnologie digitali. Nel contenuto emendato, infatti, il rinnovato sistema di regole viene espressamente motivato alla luce dell'esigenza di garantire la «dignità umana e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali di ogni individuo e, data la diversificazione, l'intensificazione e la globalizzazione del trattamento dei dati e dei flussi di dati personali, l'autonomia personale basata sul diritto di una persona di controllare il suo o i suoi dati personali e il trattamento di tali dati». Ne deriva, pertanto, un comune percorso regolativo fondato sulla tutela dell'individuo che getta le basi per la creazione di un grande spazio europeo in cui la trasformazione tecnologica trova sicuramente accoglienza e supporto, ma al contempo anche un limite fondamentale e invalicabile rappresentato dalla dignità della persona.

Da quanto evidenziato, quindi, la strada della regolazione europea in materia di nuove tecnologie appare sempre più orientata al rispetto della tutela della dignità umana, la quale assume nei lavori del legislatore sovranazionale il ruolo di imprescindibile faro di riferimento delle nuove norme in materia. Considerato che quello tecnologico si presenta come un fenomeno non neutrale dal momento che, con le sue molteplici manifestazioni, è in grado di insidiare garanzie e istituti tipici degli assetti democratici, il mosaico di regole che in questi anni è andato delineandosi sembra, infatti, ripartire proprio dall'elemento originario di tali assetti, la tutela dell'individuo, nella specifica declinazione di diritto di autodeterminarsi consapevolmente e liberamente. Questo nella convinzione che solo garantendo quell'intrinseco valore, innato e irretrattabile, che forma ed informa l'ordinamento giuridico europeo, l'evoluzione tecnologica possa svilupparsi lungo una traiettoria democraticamente sostenibile.

Tale valutazione e la portata degli interventi normativi che, come evidenziato, sono nella maggior parte costituiti da atti regolamentari e, quindi, di diretta e immediata applicazione negli ordinamenti nazionali, non solo consentono di confermare la visione della dignità come elemento di riferimento dello scenario regolativo sovranazionale attualmente in formazione, ma conducono a un'altra e importante conclusione: siamo in presenza di una fase del tutto nuova del processo di integrazione europea.

Se, come è ampiamente noto, agli albori del progetto europeo gli obiettivi che indirizzavano il percorso di formazione della futura Unione presentavano un risvolto prettamente economico, seppur fondato su un bagaglio costituzionale comune, nello scenario digitale, quello stesso mercato unico a cui gli Stati fondatori aspiravano, ormai diventato realtà, spinge ora ad inaugurare una nuova tappa del percorso di integrazione ispirato proprio da quei valori e principi condivisi messi in discussione dal progresso tecnologico.

Siamo in presenza, come è stato detto, di un costituzionalismo di carattere digitale[72] che dinanzi a nuove geometrie di potere[73] mira a riequilibrare i rapporti di forza affermatisi nell'ultimo ventennio nell'ottica, tradizionalmente pubblicistica, di limitare e contrastare la posizione dominante dei grandi poteri privati ora rappresentati dalle *Big Tech*[74]. Ma non solo: l'accento posto sulla persona evidenzia anche la maturità raggiunta da un'unione di Stati che, con il suo agire regolativo, comunica all'esterno di essere alle prese con un'evoluzione molto più profonda, sebbene ancora in essere, non più orientata esclusivamente da interessi

[72] J. F. Sánchez Barrilao, *Il costituzionalismo digitale: tra realtà digitale, prospettiva tecnologica e mera distopia costituzionale*, in *Iceonline*, 2, 2023; O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?* in *Quaderni Costituzionali*, 2023; G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; F. Pizzetti, *Un nuovo costituzionalismo per l'UE digitale*, in *Agenda Digitale*, 9 gennaio 2024.

[73] O. Pollicino nella prefazione a G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism…, cit.* afferma che «the geometry of power, and the resulting challenge for constitutional law, is becoming more complex and articulated: aside from the vertical dimension, there is a growing horizontal relationship which connects individuals with private digital powers competing with, and often prevailing over, public powers in the algorithmic society».

[74] Sul punto, O. Pollicino, *Gli interrogativi del costituzionalista nell'era digitale*, in *IlSole24ore*, 27 dicembre 2019.

spiccatamente economici, ma da valori che costituiscono il sostrato delle tradizioni costituzionali europee e che riaffiorano ora come direttrice primaria del loro percorso di integrazione.

Non un mero percorso normativo finalizzato a regolare un mercato complesso e fortemente concentrato, quindi, ma un vero e proprio progetto comune, i cui primi cenni si ritrovano nel pilastro europeo dei diritti sociali[75], e che oggi presenta l'obiettivo di fornire una specifica risposta europea alle criticità evidenziate. Una risposta, quindi, con una decisa "impronta europea" che sia in grado di superare il significato esclusivamente economico della trasformazione in atto per orientarla verso i propri orizzonti valoriali, nella consapevolezza che tale cambio di passo sia indispensabile non solo per la sfida tecnologica in sé, ma anche per lo stesso futuro dell'Unione Europea.

D'altra parte, a ben vedere, si tratta di un cambiamento sollecitato paradossalmente dallo stesso assetto economico che negli anni è venuta affermandosi al suo interno; è, infatti, quel mercato unico, ora alle prese con una rivoluzione senza precedenti che si estende trasversalmente a tutti gli aspetti della vita delle comunità, a richiedere, per la sua stessa sopravvivenza, una regolazione comune che si innesti su quei valori e principi che nel tempo hanno costituito il collante fondamentale degli Stati membri e che rischiano oggi di essere messi in discussione.

A sostegno di tale affermazione vi è l'animato dibattito sovranazionale sulla creazione di uno specifico clima di affidabilità e di eticità nello sviluppo dei nuovi sistemi di IA. Le nuove tecnologie, infatti, per esprimere pienamente il proprio potenziale in uno spazio economico da sempre «intriso» di diritti e di libertà fondamentali riconosciuti e garantiti dagli ordinamenti nazionali, hanno evidenziato nel tempo la necessità di ottenere una fiducia piena da parte dei destinatari dei propri servizi al fine di superare una sempre più diffusa reticenza nel loro utilizzo[76]; reticenza che trae origine proprio dalla tradizione comune di diritti e libertà che il fenomeno tecnologico sembra oggi in grado di ledere e che attualmente viene rivendicata dagli individui – ed è questo il vero salto qualitativo in atto – non più solamente come membri delle relative comunità nazionali, bensì come membri di un'unica comunità

[75] Come è noto, il pilastro europeo dei diritti sociali, istituito nel 2017, ha come obiettivo prioritario la creazione di condizioni di vita e di lavoro migliori nell'UE attraverso la predisposizione di venti principi e diritti fondamentali suddivisi in tre ambiti specifici: pari opportunità ed accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque e protezione sociale ed inclusione. Nel 2021, il progetto ha trovato maggiore concretezza attraverso l'adozione del Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali. Sul punto cfr. P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018; A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018; A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?* in *Federalismi.it*, 4, 2018.

[76] Già nel Regolamento (UE) 2016/679, il legislatore sovranazionale individuava nella creazione di un clima di fiducia uno dei fattori determinanti per lo sviluppo dell'economia digitale all'interno del mercato europeo. In particolare, nel testo, al considerando 7) si legge che «è opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che li riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche». Fiducia ed eticità, inoltre, sono le due parole chiave del *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM (2020) 65. In tale documento strategico, la Commissione evidenzia che «La costruzione di un ecosistema di fiducia è un obiettivo strategico in sé e dovrebbe dare ai cittadini la fiducia di adottare applicazioni di IA e alle imprese e alle organizzazioni pubbliche la certezza del diritto necessaria per innovare utilizzando l'IA». Infine, rilevanti sono le *AI Ethics Guidelines* redatte nel 2019 dall' *European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*. In tale documento, si evidenzia l'imprescindibile necessità di creare una IA che sia affidabile, vale a dire una intelligenza artificiale realizzata nel rispetto «dei diritti fondamentali, della normativa applicabile e dei principi e dei valori di base, garantendo una 'finalità etica' e [della] robustezza e affidabilità dal punto di vista tecnico poiché, nonostante le buone intenzioni, una scarsa padronanza della tecnologia può involontariamente causare danni». Sul punto, si consenta di rinviare a D. Messina, *Le linee guida in materia di Intelligenza Artificiale: alla ricerca di un'"etica by design" nel nuovo scenario digitale*, in *De Iustitia*, 2, 2019.

sovranazionale, ovvero in qualità di cittadini europei. Precipitato di questo sentire diffuso è il fondamento dell'ecosistema europeo in fase di realizzazione che, come indicato nel *Libro Bianco* sull'intelligenza artificiale delineato nel 2020 dalla Commissione, deve necessariamente innestarsi «sul rispetto delle norme dell'UE, comprese le norme a tutela dei diritti fondamentali e dei diritti dei consumatori»[77].

E' evidente, quindi, che all'interno di uno spazio europeo, realizzatosi sotto il profilo economico, ma di fatto alimentato da una rete di istituti e di garanzie democraticamente orientate, stratificatasi nel tempo e che dello stesso è ormai diventata pilastro portante, la trasformazione in atto ha portato alla luce uno stadio di avanzamento del processo di integrazione che non può più prescindere dalla previsione di norme comuni che siano a tutela dell'individuo inteso non più semplicemente come consumatore, ma finalmente come persona. Un processo che trova ora robusto fondamento normativo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[78] che riconosce la rilevanza della dignità umana sin dal Preambolo, attribuendole il carattere di valore indivisibile e universale su cui l'Unione fonda la propria esistenza assieme ai principi della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, nonché della democrazia e dello Stato di diritto. E lo fa significativamente non limitandosi ad elencarla laconicamente tra i principi fondamentali che si pongono alla base dell'Unione Europea, bensì dedicando al suo riconoscimento l'intero Titolo I e consacrandone in maniera specifica l'inviolabilità, il rispetto e la tutela nel primo articolo dell'atto. Una impostazione questa che, alla luce di una specifica interpretazione sistematica della Carta[79], appare attribuirle un significato ulteriore rispetto agli stessi valori, seppur fondamentali, enunciati all'inizio del documento, evidenziandone il valore prodromico e precedente della dignità rispetto agli stessi.

È in tale prospettiva, quindi, che deve leggersi lo specifico percorso regolativo di tipo «antropocentrico» intrapreso a livello sovranazionale, espressione della convinzione che lo stesso costituisca l'unica strada percorribile affinché quell'Unione, «fondata sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani»[80], sia in grado di vincere la grande sfida tecnologica e uscirne più forte e unita.

In questo particolare intreccio tra esigenze di carattere economico ed esigenze di carattere giuridico; tra tutela del mercato e tutela dei diritti, la dignità, anche in uno scenario dinamico e fortemente variabile come quello attuale, è emersa, quindi, nuovamente come premessa indispensabile all'esercizio pieno e consapevole di diritti e libertà fondamentali e, al contempo, principio e fine ultimo dell'evoluzione delle moderne società democratiche. Punto di riferimento di un sistema regolativo che consenta all' individuo di disporre di un pieno controllo sulla propria individualità fisica e digitale, attraverso un agire che si concretizza per il tramite della sua dignità e che si sostanzia nella libertà di scegliere sempre autonomamente

---

[77] Commissione Europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final.

[78] La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata solennemente dal Parlamento europeo, dalla Commissione e dal Consiglio europeo a Nizza nel dicembre del 2000. L'atto ha assunto per anni il mero valore di dichiarazione di diritti a causa del fallimento del processo di ratifica del progetto per una Costituzione per l'Europa firmato nel 2004 che avrebbe dovuto conferirle carattere vincolante. È divenuta giuridicamente vincolante solo in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona adottato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2009. Ai sensi dell'art.6, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione europea (TUE) «[l]'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

[79] Sull'argomento cfr., G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, op. cit., 52 ss.; C. Casonato, *Introduzione al diritto bioetico – La bioetica nel diritto costituzionale comparato,* Trento, 2006, 61 ss.

[80] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica,* COM (2019) 168.

e consapevolmente, di evolversi nel tempo e di definire il modo in cui esprimere la propria identità all'interno della società tecnologica.
Viene a riproporsi, in questo modo, a distanza di quasi un secolo, quanto accaduto nel panorama europeo all'indomani delle grandi guerre: se, nel tentativo di restituire all'individuo, in maniera solenne, quel rispetto intrinsecamente connesso al suo *status* di essere umano di cui era stato così violentemente privato durante i conflitti mondiali, la dignità ha operato da pilastro intorno al quale costruire la società europea post-bellica con la previsione della costituzionalizzazione (diretta e indiretta) della sua tutela all' interno degli ordinamenti nazionali[81]; ora, dinanzi a nuovi rischi di svilimento dell'individuo, non più in termini fisici, bensì sotto il profilo della capacità di sviluppare liberamente e consapevolmente la propria personalità, la dignità emerge nuovamente e significativamente come elemento di coesione per quelle stesse società che la cristallizzarono allora nelle proprie fonti fondamentali.
E lo fa portando con sé una forza integrativa del tutto nuova che spinge verso l'unione non più di una singola, ma di più comunità nazionali in uno spazio europeo senza confini per contrastare, ironia della sorte, una trasformazione tecnologica che sembra non conoscere limiti statali. Questo con l'obiettivo ultimo di garantire che la «rivoluzione in atto resti umana. Cioè, iscritta dentro quella tradizione di civiltà che vede, nella persona – e nella sua dignità – il pilastro irrinunziabile»[82].

Abstract. Nel 1985 la Corte di cassazione italiana sanciva la fine del lungo e complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo al riconoscimento del diritto all'identità personale trovando fondamento e piena legittimazione di tale situazione giuridica soggettiva nel principio personalista che anima l'intera Carta costituzionale. Quasi un quarantennio dopo quella stessa esigenza, mai più sopita, emerge oggi con nuovo e maggior vigore in presenza di uno scenario particolarmente complesso perché sempre più caratterizzato da tecnologie in grado di raccogliere ed elaborare frammenti informativi della personalità dell'individuo. L'utilizzo massivo di dati personali, supportati da strumenti, come quelli connessi all'IA, in grado di «creare nuova conoscenza» tramite un potere di calcolo mai sperimentato prima pone, infatti, in tale ambito nuove e significative sfide. Da qui la necessità di analizzare le prospettive di tutela dell'identità personale nell'attuale scenario digitale dinanzi ad un fenomeno tecnologico che sembra rendere sempre più labili i tradizionali confini tra privato e pubblico e fluidi i territori nei quali la personalità si realizza, incidendo sulla corretta proiezione dell'identità personale all'interno di una società tecnologicamente avanzata. Questo nella consapevolezza che la tutela dell'identità personale inerisce quel principio supremo di «libertà-dignità» che è garantito dalla Carta costituzionale italiana nell'endiadi espressa dagli artt. 2 e 3 Cost. ed è incardinato nell'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea. Un principio che necessita di essere preservato e tutelato perché non solo costituisce la radice comune delle esperienze costituzionali europee, ma diventa il pilastro intorno al quale avviare una nuova fondamentale fase del processo di integrazione europea nell'era digitale.

Abstract. In 1985 the Italian Court of Cassation marked the end of the long-lasting and

[81] Per una ricostruzione del valore assunto dalla dignità all'indomani dei conflitti mondiali all'interno degli ordinamenti europei cfr., tra gli altri, A. Argiroffi, P. Becchi, D. Anselmo (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana…, cit.*; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative, cit.;* M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, cit.; P. Becchi, *Il principio della dignità umana*, cit.; A. Ruggeri, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, cit.; G.P. Dolso (a cura di), *Dignità, Eguaglianza e Costituzione*, cit.
[82] Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica S. Mattarella, 31 dicembre 2023, https://www.quirinale.it/elementi/103914.

complex doctrinal and jurisprudential debate relating to the recognition of the right to personal identity, finding the foundation and full legitimation of this juridical situation in the personalist principle that liven up the Constitutional Charter. Almost forty years later that same need, never muted, emerges today with new and greater strength in a particularly complex scenario, characterized by technologies capable of collecting and processing information fragments of the individual's personality. The massive use of personal data, supported by tools, such as those connected to AI, capable of «creating new knowledge» through a computing power never experienced before, set, in fact, new and significant challenges. Hence a need to analyze the perspectives for protecting personal identity in the current digital scenario, facing a technological phenomenon that seems to make the traditional boundaries between private and public increasingly blurred and fluid the territories in which personality takes shape, affecting the correct projection of personal identity within a technologically advanced society. Considering that the protection of personal identity connects to the «freedom-dignity» supreme principle guaranteed by the Italian Constitutional Charter in the hendiadys expressed by artt. 2 and 3 of the Constitution and hinged upon the art. 2 of the Treaty on European Union. A principle that needs to be preserved and protected as a common root of European constitutional experiences, and that becomes the pillar of a new fundamental phase of the European integration process in the digital age.

Parole chiave. Identità personale – dignità – Intelligenza artificiale – Integrazione europea – Costituzionalismo digitale.

Key words. Personal identity– Dignity – Artificial intelligence – European integration- Digital constitutionalism.

IL PILASTRO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI E LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI DEGLI STATI MEMBRI. VERSO UNA PROTEZIONE SOCIALE EUROPEA*

di Matteo Pignocchi**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La tradizione costituzionale del *Welfare State* europeo. – 3. Il processo di integrazione dell'Europa sociale e le fonti normative. – 4. Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali e il suo futuro. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa. Il dibattito sulla Europa sociale ha acquisito rinnovato vigore nel dibattito scientifico e politico del XXI secolo a causa delle crisi economico-finanziarie globali. Numerosi sono gli studi di differenti discipline che hanno ad oggetto il rapporto tra il sistema economico, l'ordinamento dell'Unione Europea e gli ordinamenti interni degli Stati membri. Basti qui premettere che la crisi finanziaria del 2008, la crisi del debito degli Stati sovrani del 2011, la susseguente stagnazione economica e, in ultima battuta, l'emergenza pandemica e i disequilibri geopolitici dovuti ai conflitti militari, hanno giustificato la contestazione delle politiche economiche e dell'architrave giuridico dell'Europa del mercato unico, se non quando hanno alimentato un rinnovato sentimento euro-scettico.

Ciò posto, il processo di integrazione europea sin dalla sua origine ha riservato agli Stati membri le competenze sulla protezione sociale e sui diritti sociali. Tale equilibrio tra l'internazionalità degli scambi di mercato e la nazionalità della autorità redistributiva si è mostrato solido per tutto il cosiddetto «Trentennio Glorioso» del *Welfare State,* ovverosia per il periodo che ha seguito il secondo conflitto mondiale.

Nondimeno, le prime difficoltà economico-finanziarie degli anni '70 del secolo scorso hanno acceso nuovamente il discorso sull'internazionalizzazione dei mercati e sul ruolo degli Stati nazionali. Tale dilemma, nel nostro continente, pone al centro del dibattito la «tradizionale tensione»[1] tra diritto europeo e sistemi nazionali di sicurezza sociale, premessa l'asserita incapacità degli Stati membri dell'Unione Europea di governare in autonomia le dinamiche economiche.

Un breve preambolo di stampo socioeconomico sembra, ad ogni modo, opportuno. La globalizzazione e l'accelerazione delle dinamiche di mercato del XXI secolo hanno consolidato, se non quando aumentato, quella interdipendenza economica di tutti gli Stati del mondo che già i padri del Manifesto di Ventotene avevano evidenziato. Secondo quest'ultimi, infatti, lo spazio privilegiato del governo, della politica e quindi del diritto avrebbe dovuto essere quello transnazionale, al fine di conservare «il livello di vita corrispondente alla civiltà moderna»[2].

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Borsista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Macerata.

[1] C. Golino, *I diritti sociali in Europa: legal framework e strumenti di attuazione,* in C. Golino, A. Martelli (a cura di), *Un modello social europeo? Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale*, Milano, cit., 21.

[2] A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto,* Senato della Repubblica, 2017, 1941.

Il sistema economico globalizzato sembra aver prodotto una intera società globale, uniforme e al di sopra delle società nazionali e territoriali, basata sugli scambi di mercato e sulle regole proprie di un sistema autopoietico[3]. Se ciò è vero, relativamente al contesto europeo, è ragionevole affermare che accanto alla progressiva armonizzazione dei rischi di mercato su tutto il continente[4], l'armonizzazione della reazione giuridica – a tutela dei cittadini contro tali rischi - tardi ad arrivare, ed essa sia per lo più mantenuta tra i confini nazionali, per la resistenza degli Stati membri a cedere ulteriori spazi di sovranità. Scrive Giubboni: «La 'dissimmetria' tra la dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e sradicata dell'economia, e soprattutto della finanza globalizzata, produce contraddizioni laceranti»[5].

Peraltro, quando è il cittadino ad essere l'oggetto dell'indagine, l'approccio sociologico e politologico descrive due diverse categorie in tensione sul territorio continentale: i cosiddetti «*stayers*», cioè coloro che risiedono e svolgono la loro vita economica nello Stato di nascita e residenza, e i «*moverà*», ovverosia i cittadini europei che hanno fatto propria la libera circolazione nel continente e hanno svolto periodi di lavoro e vita economica in diversi paesi europei[6]. Tali categorie di cittadini sono titolari di interessi, bisogni e doveri sociali molto differenti, i quali – tuttavia – andrebbero egualmente riconosciuti nell'unico *status* della cittadinanza europea.

Vero è che, per quanto il XX secolo abbia evidenziato «tendenze evolutive diverse» nei regimi di *welfare* nazionale[7], i modelli presi a riferimento e il vertice dei valori e dei principi costitutivi presentano notevoli similitudini[8].

Assunti tali presupposti, un'analisi dello stato attuale dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dal punto di vista della protezione sociale, dai suoi trattati fondativi alle recenti novità di *soft law*, non dovrebbe prescindere dalla definizione di quale tradizione costituzionale e su quali valori e principi si è fondato il *welfare state* europeo del XX secolo, al fine di verificare se e come sia possibile una «Costituzione economica europea» che preveda il riconoscimento e la garanzia uniforme dei diritti sociali fondamentali[9].

All'esito, si intenderà confermare o confutare l'ipotesi per la quale una protezione sociale

---

[3] N. Luhmann, *L'economia della società*, Milano, 2020. Cfr. G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, in A. Febbrajo, C. Pennisi (a cura di), Milano, 1996. Se ciò è vero, lo stesso sistema giuridico ha sviluppato una dimensione sovranazionale che riferisce unicamente agli obiettivi e agli interessi degli agenti economici. Cfr. F. Galgano, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione,* in Sociologia del diritto, 1, 2003; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 2016, 1998. Sul tema, più recentemente, si veda K. Pistor, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza,* Roma, 2021, 2019.

[4] M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?,* in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2018. Cfr. nei termini della definizione dello *status* individuale della cittadinanza europea: M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale aperta. I nuovi confini del welfare dell'Unione Europea,* in *Rivista italiana di scienza politica*, 1, 2004

[5] S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa: I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, cit., e-book ed.

I riferimenti sono a N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in Id., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale,* Roma-Bari, 2006; L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

[6] M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?,* cit., 578-580. Cfr. M. Ferrera, *Social citizenship, democratic values and european integration: a* rejoinder, in M. Ferrera, R. Bauböck (a cura di), *Should EU citizenship be duty-free?,* EUI Working Paper RSCAS, 60, 2017, 65-74.

[7] A. Martelli, *L'europeizzazione dei diritti sociali: caratteri e sfide,* in C. Golino, A. Martelli (a cura di), *Un modello social europeo? Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale*, Milano, cit., 35. Cfr. G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism,* London, 1990, 221-229.

[8] L. Gallino, *Il modello sociale europeo e l'unità dell'UE,* in Quaderni di Sociologia, 59, 2012, 15-26.

[9] P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione,* in *Federalismi.it*, 5, 2019, 7-23. Cfr. P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali,* Torino, 2019, 1-94.

europea, al di là dello Stato nazionale e per fronteggiare le incertezze del sistema economico internazionale, avrà un ruolo rilevante nelle prossime tappe del processo stesso di integrazione europea.
Ciò premesso, in prima battuta si intende riportare quali valori e quali progressi giuridici della tradizione costituzionale del XX secolo emergono come direttamente connessi alla forma di stato del *Welfare*. Per quanto, la dottrina ha più volte ribadito la sostanziale distanza tra modelli di *welfare* degli Stati membri dell'Unione, ad ogni modo medesime sono le radici storiche della sicurezza sociale europea.
Il paragrafo che segue premette un breve riepilogo diacronico delle fonti dell'ordinamento europeo dalla sua nascita al XXI secolo, evidenziando in particolare quali norme rimandano al patrimonio costituzionale europeo della protezione sociale, e se è rilevabile un processo evolutivo tra competenze europee e quelle degli Stati membri.
Ciò premesso, verrà l'analisi del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali del 2017 e delle successive azioni europee in contrasto all'emergenza pandemica. Si anticipa al lettore che dall'analisi dei recenti interventi normativi dell'ordinamento europeo, due sembrano essere le tendenze: l'implementazione di fondi e di sostegni finanziari di competenza europea per la definizione di politiche sociali di competenza nazionale; lo sviluppo della funzione di armonizzazione dei sistemi nazionali di protezione sociale sulla base di direttive e raccomandazioni.
All'esito, l'elaborato intende evidenziare quale possa essere il futuro della protezione sociale europea e quale ruolo può avere nel processo di integrazione, assunti nell'ordinamento europeo i valori costituzionali del *Welfare State* del XX secolo e la tradizione della costituzionalizzazione della persona come titolare di diritti economici e sociali, tipica di ogni modello di *welfare*.

2. La tradizione costituzionale del* Welfare State *europeo. Il TUE, all'art. 4 c. 2, definisce il limite che l'ordinamento europeo riconosce nelle identità nazionali degli Stati membri, nei loro assetti istituzionali e nelle loro funzioni essenziali di tutela dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini. Inoltre, all'art. 6, riconosce l'espressa cogenza giuridica delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come fonte integrativa e interpretativa del diritto dell'Unione.
Definire la tradizione costituzionale del modello di Stato del Benessere europeo presuppone di individuare quali siano i criteri, valori e principi comuni ai differenti modelli di *welfare* che siano di riferimento per il processo di integrazione europea.
Per definire gli assetti e le funzioni essenziali dell'ordinamento statale, la dottrina costituzionalistica suole rifarsi ai concetti di forma di Stato e di governo e alla definizione dello *status* giuridico dei propri cittadini nel linguaggio dei diritti fondamentali.
È perciò ragionevole affermare che, quando occorre descrivere la tradizione costituzionale del *welfare state* europeo, ci si dovrà concentrare sulle caratteristiche di esso come forma di Stato, da intendersi come «rapporto che corre tra le autorità dotate di potestà di imperio e la società civile», oltre che sul rapporto tra Stato e cittadini e sui valori morali ad esso sottesi[10].
Il *Welfare State,* infatti, rappresenta una nuova fase dello Stato democratico in relazione alla «organizzazione della vita economica»[11], il quale a differenza di quanto non accadeva in precedenza orienta l'azione pubblica al fine di salvaguardare il benessere economico dei cittadini. Se nel XIX secolo il supremo valore della libertà aveva caratterizzato ogni fase dello sviluppo industriale, le frizioni sociali fecero emergere la classe dei lavoratori, la cui partecipazione al potere politico ha favorito l'affermazione dei valori della uguaglianza e della

[10] R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, 2022, cit., 33.
[11] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Roma-Bari, 2012, cit., 232.

solidarietà, per garantire a ogni cittadino una libertà reale ed «effettiva» contro la rinascita del regime delle caste, della disuguaglianza e dei privilegi sociali[12]. Da tale trasformazione lo Stato assume una funzione redistributiva del benessere economico, legata alla propria autorità fiscale e alla funzione costituzionale dell'imposizione fiscale[13], ponendosi come obiettivo la tutela delle classi più deboli e sfavorite dai processi industriali ed economici in genere. La regolazione delle dinamiche di mercato assume nuovi referenti valoriali e la maggior parte delle Costituzioni europee prevedono forme di «economia guidata o regolata»[14].

Il tema della sicurezza sociale è comune agli Stati europei già nel XIX secolo, ma assume rilevanza costituzionale nel XX secolo. L'esito di un acceso dibattito politico e interclassista non fu il medesimo in ogni Stato, pur se suole ricondurre la nascita della sicurezza sociale all'avveniristico art. 151 della Costituzione di Weimar del 1919. I principi della giustizia sociale e dell'esistenza dignitosa dell'uomo venivano riconosciuti come i parametri dell'ordinamento economico e i limiti alle libertà economiche individuali, ancor prima che la reazione internazionale del secondo dopoguerra riconobbe il diritto al lavoro e alla sicurezza sociale come diritti umani universali, ai sensi degli artt. 22 e 23 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo ONU del 1948.

In secondo luogo, è riconosciuto che il *Welfare State* divenne la forma di Stato più diffusa nelle democrazie occidentali del secondo dopoguerra[15]. Si assistette a quel processo di progressiva «costituzionalizzazione della persona», non più astrattamente intesa ma bensì concretizzata nei suoi bisogni individuali[16]. Infatti, a orientare l'azione pubblica è il cosiddetto «principio personalista», con il linguaggio dei diritti[17], il quale «impone la centralità dell'individuo, dei suoi diritti e delle sue libertà anche nei rapporti economici»[18].

Come è risaputo, da tale innovazione costituzionale la dottrina suole riconoscere l'affermazione di una terza generazione di diritti, quelli economici e sociali, i quali arricchiscono lo *status* giuridico dei cittadini europei e la cui esistenza è di per sé un elemento comune alle Costituzioni europee del XX secolo. Tali diritti, si rammenta, sono

---

[12] A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto,* Senato della Repubblica, 2017, 1941, cit., 19.

[13] F. Gallo, *Proprietà e imposizione fiscale,* in *cortecostituzionale.it*, 10 novembre 2009; F. Gallo, *Le ragioni del fisco,* Bologna, 2011. In ottica europea, l'autore traccia la definizione di un federalismo fiscale europeo, in F. Gallo, *Giustizia fiscale e giustizia sociale nell'Unione Europea,* in Diritto e pratica tributaria, 1, 2014,

[14] P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, cit., 10.

[15] Si aggiunga, peraltro, che i diritti del *welfare* nel rapporto tra cittadino e Stato sono parte integrante già a partire dalla Costituzione dell'URSS vigente dal 1936 al 1977, al Capitolo X rubricato «Diritti ed obblighi fondamentali dei cttadini». Tale elemento è più che rilevante qualora si intenda far emergere la tradizione costituzionale del *welfare state* e dei diritti del cittadino-lavoratore, che deve ontologicamente ricavarsi nel contesto dell'Unione Europea «allargata», con l'ingresso dei paesi dell'ex URSS. Pertanto, se da un lato la costituzionalizzazione della persona e il linguaggio dei diritti è presente anche negli Stati dell'Europa dell'Est, dall'altro è vero che si potrebbe distinguere un *welfare state* occidentale, più attento alle esigenze commerciali e finanziarie, e un *welfare state post-sovietico*, tipico dei paesi dell'ex URSS che sono stati spinti ad adattare il loro modelli di *welfare* al liberalismo di mercato, proprio nelle more dell'ingresso nell'Unione Europea. Per un approfondimento, si veda L.J. Cook, *Postcommunist Welfare States: reform politics in Russia and Eastern Europe,* New York, 2007. Di più ampio respiro sarebbe l'approfondimento del rapporto tra tradizioni costituzionali comuni del *welfare* e il rispetto delle identità nazionali, sulle quali i paesi dell'Est Europa fondano la loro partecipazione politica nell'Unione Europea. Vero è che, più che dipendere dalla loro origine sovietica, la tradizione costituzionale comune verrebbe influenzata dal loro differente rapporto con le nuove economie di mercato.

[16] Il testo di riferimento è S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona,* Napoli, 2007. Cfr. S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica,* in Filosofia *Politica*, 3, 2007, 365-378

[17] N. Bobbio, *L'età dei diritti,* Torino, 2014, 1990.

[18] P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, cit., 15.

assiologicamente fondati sui principi della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale. Ci si è chiesto infatti se quest'ultimo principio, compiutamente riconosciuto all'art. 3, c. 2, Cost., potesse rientrare a pieno titolo nel patrimonio costituzionale europeo[19].
Invero, pur se non tutti gli Stati membri presentino un suo riconoscimento esplicito nelle proprie disposizioni costituzionali, è appurato che le politiche redistributive del *Welfare State* del XX secolo hanno orientato gli obiettivi economici in tal senso pressoché ovunque nel continente.
Per ciò che concerne la protezione sociale, accanto al diritto al lavoro come «primo dei diritti sociali»[20], gli Stati europei si sviluppano sui due pilastri del diritto all'assistenza e alla previdenza sociale. Se il primo si è concretizzato nei servizi sociali e nei mezzi di tutela delle condizioni di vita di tutti i cittadini contro la povertà e l'esclusione sociale, il secondo ha inteso proteggere il cittadino-lavoratore contro i rischi tipici del lavoro (malattia, infortunio, disoccupazione involontaria, vecchiaia).
Se, quindi, è possibile definire un minimo comun denominatore del *welfare state* europeo da riconoscere come tradizione costituzionale comune, sarebbe costituito da due elementi giuridici essenziali: nel rapporto tra Stato e cittadino subentra il governo delle dinamiche economiche pur se in senso non dirigista; è legittimo l'intervento redistributivo dell'autorità pubblica al fine di garantire una minima «omogeneità sociale»[21], per adempiere all'obiettivo della protezione sociale. Quest'ultima è un esempio dei «diritti costituzionali» riconosciuti in disposizioni normative apicali nell'ordinamento giuridico, che fungono da parametro costituzionale alle leggi ordinarie[22]. Trattasi di una comune «matrice» dello Stato sociale come ordinamento e come «apparato istituzionale»[23].
In secondo luogo, si definisce lo *status* della cittadinanza e di quei diritti che hanno come riferimento la persona nel concreto delle dinamiche socioeconomiche, al fine di renderla in potenza libera da ogni bisogno[24].

3. Il processo di integrazione dell'Europa sociale e le fonti normative. Se quanto affermato sopra corrisponde a verità, è ragionevole affermare che lo sviluppo del cosiddetto «*acquis* sociale» dell'Unione Europea ha radici in tutto il XX secolo, ma in particolare nelle ultime decadi, quando l'ordinamento giuridico delle Comunità Economiche Europee aveva già strutturato il mercato interno[25].

---

[19] A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo,* Bologna, 2002, 69 ss.
[20] S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo,* in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 46, 2006.
[21] H. Heller, *Democrazia politica ed omogeneità sociale,* in *Quaderni Piacentini*, 10, 1983. Il concetto helleriano di "omogeneità sociale" come luogo dialettico tra le diseguaglianze sociali ed economiche e l'assetto politico e democratico dello Stato è ripreso recentemente da S. Lagi, *Unità e pluralità nella democrazia weimeriana. Herman Heller e l'omogeneità sociale,* in *Il Pensiero Politico*, 52, 2, 2019, 223-239; A. Ciervo, *Gli assenti e i lontani. Omogeneità sociale, "coscienza del noi" e crisi della democrazia politica,* in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, 44-52. Cfr. G. Comazzetto, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Napoli, 41-74.
[22] A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo,* cit., 65.
[23] A. Martelli, *L'europeizzazione dei diritti sociali: caratteri e sfide*, cit., 34. Un'analisi dei recenti interventi economico-sociali parla altresì di un «possibile avvicinamento tra Costituzione economica italiana ed europea». Cfr. F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo,* Torino, 2022, 9-13 ss.
[24] È questa, in altri termini, la definizione della «sicurezza sociale». Cfr. M. Persiani, M. D'Onghia, *Diritto della sicurezza sociale,* Torino, 2022.
[25] È la stessa proclamazione del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali ad affermare che «Il completamento del mercato unico europeo negli ultimi decenni è stato accompagnato dallo sviluppo di un solido *acquis* sociale che ha apportato progressi in ambito di libertà di circolazione, condizioni di vita e di lavoro, parità tra uomini e

Se la sicurezza sociale si attestava ad essere prerogativa nazionale, il diritto internazionale ha sempre premuto per una tutela "oltre confine" dei bisogni primari dei cittadini e, in particolare, di quelli dei lavoratori. Ne è un esempio, infatti, la nascita dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro con la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 e l'*enforcement* che la stessa ha operato nei confronti degli Stati aderenti nel secondo dopoguerra.
Di essenziale importanza è invece la sottoscrizione in seno al Consiglio d'Europa della Carta Sociale Europea del 1961 e del Codice Europeo di Sicurezza Sociale del 1964. Con tali convenzioni internazionali, buona parte degli odierni Stati membri dell'Unione Europea si impegnavano ad «armonizzare gli oneri sociali» e accordare i rispettivi sistemi di *welfare* su medesimi istituti, come i servizi sanitari ed ospedalieri; le indennità di disoccupazione; i trattamenti pensionistici nonché quelli per invalidità; malattia o infortunio professionale; gli assegni a sostegno della famiglia e la tutela della maternità.
Potrebbe dirsi, perciò, che al di là dell'impianto istituzionale e normativo precedente all'Unione Europea proclamata a Maastricht, già emergeva un comune «*aquis* sociale» che ha avuto origine tanto «dall'alto» delle convenzioni internazionali quanto «dal basso» delle similitudini dei sistemi di sicurezza sociale nazionale, ivi compresi quelli degli Stati fondatori delle Comunità Europee. Ai primi regolamenti europei in tema di formazione professionale e libera circolazione dei lavoratori tra il 1960 e il 1970, seguì il percorso politico delle istituzioni europee verso la costruzione del proprio «modello sociale». Una grande accelerazione in tal senso fu data dalla spinta delle Commissioni presiedute da Jacques Delors tra il 1985 e il 1995[26]. Fu la stessa Commissione, nel 1989, a riunire il consenso degli Stati membri intorno alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, nella quale veniva nuovamente riconosciuto il diritto ad una adeguata e sufficiente protezione sociale pubblica, non solo dello Stato di residenza, ma anche dello Stato o degli Stati comunitari in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività.
Tale spinta, tra gli altri fattori, ha preceduto la nascita dell'Unione Europea di Maastricht, la ridefinizione degli obiettivi dell'Unione all'art. 2 del TUE (poi divenuto art. 3 TUE), che sin dal 1992 comprende la protezione sociale, il miglioramento della qualità di vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati. Per di più, venne istituita la cittadinanza europea come *status* giuridico comune a tutti i cittadini degli Stati membri, nella quale astrattamente poter ricomprendere i diritti fondamentali, le libertà economiche e i diritti sociali del lavoro.
A tali obiettivi venne dato immediato seguito con le due raccomandazioni n. 441/1992 e 442/1992 dell'allora Consiglio delle Comunità Europee relative ai criteri comuni e alla convergenza degli obiettivi dei sistemi di protezione sociale degli Stati membri.
Meriterebbe più ampia e approfondita analisi, inoltre, la revisione nel 1996 della Carta Sociale Europea e l'influenza che questa ebbe nell'ordinamento europeo[27] e nella definizione delle

---

donne, salute e sicurezza sul lavoro, protezione sociale e istruzione e formazione […]» Considerando 8, Procl. Interistituzionale n. 13129, 20 ottobre 2017. Il presente paragrafo è scritto a seguito di quanto approfondito su R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione Europea. Processo costituente e governance economica,* Bologna, II ed., 2015, cap. III, IV e VII.

[26] L. Innocenti, *La 'dimensione sociale' nel processo europeo di integrazione economica. La Commission Delors I (1985-1989),* in *Impresa Sociale*, 2021.

[27] *A latere* dei lavori di Maastricht, infatti, il Consiglio d'Europa si impegnò a dare vigore alla Carta sociale europea, istituendo il Comitato europeo dei diritti sociali, competente ad esaminare i rapporti inviati dagli Stati membri sull'attuazione delle prescrizioni della Carta, nonché i reclami collettivi proposti da ONG accreditate, entro una embrionale tutela contenziosa. Il testo di riferimento è G. Palmisano, *L'Europa dei diritti sociali. Significato, valore e prospettive della Carta sociale europea,* Bologna, 2022. Cfr. O. De Schutter, *La carta sociale europea nel contesto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* 2016, https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/5183c21c-c0d3-11e5-9e54-

politiche di coordinamento dei sistemi di protezione sociale come definite dal Trattato di Amsterdam del 1997. Venne improntato il modello procedurale di coordinamento delle politiche nazionali che precedette il cosiddetto *Open Method of Coordination* (OMC) il quale venne consolidato a Nizza e a Lisbona[28]. Già prima, nel 1990, la reciproca conoscenza e contaminazione tra sistemi di protezione sociale era agevolata dal *Mutual Information System on Social Protection* (MISSOC).

Ciò ad ogni modo, l'impianto delle competenze tra Unione Europea e Stati membri riservava a quest'ultimi la protezione sociale e il ruolo redistributivo del potere pubblico. L'ordinamento sovranazionale si è limitato alla tutela delle riconosciute quattro libertà del mercato unico[29], aggiungendo soltanto un ruolo di coordinamento o, al più, di armonizzazione dei sistemi di *welfare* interni[30]. Ne è un esempio il regolamento UE sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, reg. UE n. 884/2004 il quale, per garantire la mobilità dei lavoratori e la libera circolazione nel mercato del lavoro, si preoccupa di prescrivere la disciplina di coordinamento del sistema previdenziale dello Stato membro dove il cittadino europeo presta la propria prestazione e di quello dello Stato membro dove ha formalmente la residenza.

La dottrina sociologica ed economica ha parlato a tal proposito di solidarietà «produttiva e competitiva» dei sistemi di *welfare* degli Stati membri, tale per cui il "modello sociale europeo" pre-Lisbona ha più aderito alla dinamica di mercato unico, creando uno spazio di competizione tra diversi regimi di protezione sociale, piuttosto che ad un assetto istituzionale avente l'obiettivo di mantenere standard minimi di benessere dei cittadini[31].

Vero è, ad ogni modo, che dallo stesso Trattato di Maastricht in poi la tradizione della costituzionalizzazione della persona e dei suoi diritti fondamentali divenne centrale, con il riconoscimento di un'unica cittadinanza europea che accoglie il diritto alla sicurezza e alla protezione sociale come diretta applicazione della solidarietà, dell'uguaglianza e della dignità umana. La definizione, nel processo di integrazione europea, dei valori, dei principi e dell'impostazione individualistica tipica dei diritti fondamentali opera una «graduale ridefinizione dei confini della cittadinanza sociale»[32]. È questo uno dei contributi salienti della tradizione costituzionale comune: aver dato all'ordinamento europeo un impianto costituzionale per il mezzo della costruzione giuridica del cittadino europeo, titolare di diritti di cittadinanza.

In questa direzione sembra siano andate le successive tappe del processo di integrazione giuridica europea, con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza, il tentativo costituente del 2003 ed il riconoscimento giuridico dei diritti

---

01aa75ed71a1/language-it; C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea,* in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2012.

[28] Il rapporto tra la «forma di Unione» e il modello di *governance* del OMC è ben descritto in G. Martinico, *L'impatto del metodo aperto di coordinamento sulla "forma di Unione",* in *Diritto Pubblico*, 2, 2009, 625-652.

[29] W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva,* in *Stato e Mercato*, 1, 2000.

[30] O. De Schutter, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights trough the open method of coordination,* in *Jean Monnet Working Paper*, n. 7, 2004; Cfr. S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedura di "soft law",* in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2004, 281-301.

[31] W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, cit., 13. Viene definita altresì come solidarietà «occupazionale», nei termini per il quale subordina l'accesso ai diritti di sicurezza sociale all'apporto contributivo e produttivo del soggetto, con il proprio lavoro, al mercato nazionale. Cfr. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa: I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

[32] M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale aperta. I nuovi confini del welfare dell'Unione Europea*, 96.

fondamentali della Carta come fonte di diritto primario con il Trattato di Lisbona del 2009[33]. Se nell'ambito dei diritti fondamentali assume la cogenza del diritto primario l'art. 34 c. 4 della Carta di Nizza, il quale riconosce il diritto alla sicurezza sociale, è altrettanto rilevabile che i trattati dell'Unione non prevedono istituzioni, istituti e competenze sovranazionali per la sua garanzia, rimettendosi alle legislazioni e alle prassi nazionali. In altri termini, se dopo Lisbona i trattati fondativi hanno mantenuto e accresciuto l'ambizione degli obiettivi di sicurezza sociale, è pacifico che ciò «non ha dato luogo a misure operative»[34].

Invero, l'art. 4 del TFUE riconosce la competenza concorrente dell'Unione Europea con quella degli Stati membri nelle politiche sociali e di coesione economica e sociale, e l'art. 5 del medesimo trattato dispone la facoltà per l'Unione stessa di prendere iniziative per "coordinare" le politiche sociali degli Stati membri. È il titolo X del TFUE a definire gli obiettivi comunitari in materia di politica sociale, ivi compresa una protezione sociale adeguata. In particolare, l'art. 151 TFUE definisce in partenza due limiti all'azione dell'Unione e degli Stati membri nella tutela dei diritti sociali fondamentali: la diversità delle prassi nazionali e il mantenimento della competitività dell'Unione[35].

Il presupposto logico è che gli obiettivi sociali non necessitano di un'azione diretta dell'Unione Europea, ma di un'attività di coordinamento dei sistemi sociali: sarà il corretto funzionamento del mercato unico a favorirne l'armonizzazione. È per tale motivo che l'art. 153 TFUE delega all'Unione la possibilità di sostenere e completare l'azione pubblica principale degli Stati membri, promuovendo il reciproco scambio di *best practices* entro una logica di mera *governance* o, al limite, adottando direttive con delle prescrizioni minime, senza alcuna imposizione di vincoli finanziari, amministrativi o giuridici in genere.

Anche in tema di protezione sociale, il percorso evolutivo dell'ordinamento europeo sembra essersi arenato nel dialogo tra la Corte di Giustizia e delle Corti interne, poste dinanzi al bilanciamento tra le riforme economiche della crisi e la tutela dei diritti sociali[36].

Se si assume quanto premesso, la preliminare conclusione è che l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea del XXI secolo abbia assunto i principi e i valori del *Welfare State*, riconoscendo altresì il vincolo dei diritti sociali dei cittadini europei. A tale apertura di principio, tuttavia, non è conseguita un'organizzazione istituzionale e un riparto di competenze tra Unione Europea e Stati membri che condivida il raggiungimento di tali obiettivi e la garanzia unificata di tali diritti. Ciò, infatti, presupporrebbe la condivisione di

---

[33] È questa, infatti, la rilevante novità del XXI secolo nel processo di cosiddetta "lenta emersione a livello europeo dei diritti fondamentali". S. Gambino, *I diritti fondamentali fra Unione Europea e Costituzioni nazionali,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, cit., 269.

[34] M. Ferrera, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, cit., 568.

[35] Recita l'art. 151: «L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione.

Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

[36] Infatti, nell'ambito più generale della tutela dei diritti sociali, dinanzi al rigetto da parte delle corti interne nei confronti delle domande di tutela, il coinvolgimento della CGUE si è scontrato con il margine di discrezionalità riconosciuti ai legislatori statali e con le necessità di porre rimedio all'emergenza economica. Cfr. M. Iannella, *La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive,* in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018.

parte di un importante elemento di sovranità, l'autorità fiscale, oltre che una riforma del riparto delle competenze in materia, così che la questione torna ad essere istituzionale.
Per ciò, l'analisi delle fonti UE in tema di sicurezza sociale consente di rilevare come le tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'Unione, ad oggi, abbia contribuito alla definizione dello *status* giuridico del cittadino europeo, in particolare dei diritti sociali fondamentali. Tali diritti, riconosciuti tanto nel diritto primario che nel diritto derivato, corrispondono ad un impianto valoriale, oltre che a misure di *welfare* e a istituti giuridici, i quali compongono una sorta di *ius commune* europeo della protezione sociale. Quest'ultimo si è andato componendo delle protezioni che i singoli Stati europei hanno progressivamente riconosciuto, tanto ai propri cittadini per un legame di sovranità, che ai «cittadini del mercato»[37] per un legame prima contributivo poi di cittadinanza europea. Torna, si direbbe, la distinzione che la politologia e la sociologia descrive tra «*stayers*» e «*movers*»[38].

4. Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali e il suo futuro. Alla luce dell'analisi diacronica delle fonti europee in materia sembra più agevole l'interpretazione della novità del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali del 2017 e delle politiche che lo hanno seguito.
Preliminarmente, la proclamazione interistituzionale firmata a Goteborg nel 2017 dalle istituzioni europee risponde alle pressioni politiche che reclamavano un «cambio di rotta» dell'azione pubblica europea rispetto al ruolo che l'Unione aveva avuto durante le crisi economico-finanziarie del 2008 e del 2011, guardando con favore politiche che tutelassero i diritti sociali dei cittadini europei, accanto alle politiche economiche e monetarie[39].
La dottrina non è unanime sul fatto che il PEDS e le recenti fonti giuridiche di *soft law,* così come le proposte di istituti comuni di assistenza e previdenza sociale, spingano effettivamente verso un *welfare* unico europeo che vada oltre al ruolo di coordinamento che viene imputato all'Unione Europea dai trattati fondativi.
Per quanto non sia possibile riassumere l'intero dibattito scientifico relativo al modello sociale europeo[40], basterà qui premettere che il documento sottoscritto nel 2017 muove dall'idea di costruire, per mezzo di fonti di *soft law,* una comune strategia politica europea a sostegno dei sistemi di *welfare* nazionali. Secondo Vandenbroucke e Vanhercke, infatti, l'idea di una «Unione Sociale Europea», che è alla base di tali nuove proposte, si traduce istituzionalmente nella creazione di una «Unione di sistemi di *welfare*», lontano da un *Welfare State* unico ed europeo, federando i servizi sociali, le indennità e la previdenza sociale, con connotati evidentemente differenti dal punto di vista teorico costituzionale[41]. L'Unione Sociale Europea avrebbe dovuto supportare i sistemi nazionali ad un livello sovranazionale e per alcune delle loro funzioni, come la stabilizzazione macroeconomica, contribuendo allo sviluppo degli stessi con la definizione di «*standard* sociali generali e obiettivi»[42].
Perciò, promuovendo il PEDS, l'obiettivo istituzionale della Commissione presieduta da Jean-Claude Juncker fu quello, più politico che giuridico, di ridefinire le priorità e orientare la

[37] M. Everson, *The legacy of the Market Citizen*, in J. Shaw, G. More (a cura di), *New legal dynamics of European Union*, Oxford, 1995, in S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit.
[38] V. *supra* 2.
[39] Copioso e interdisciplinare è il dibattito sul Pilastro Europeo dei Diritti Sociali. Cfr. E. Ales, *Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?,* in *Diritti, Lavori, Mercati*, 3, 2017.
[40] per il quale si rimanda a P. Vesan e F. Corti, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Juncker: un'agenda per la ricerca,* in *Politiche Sociali*, 1, 2018, 125-142.
[41] Per l'idea di un'Unione di sistemi, differente da un sistema unico di welfare, il riferimento è F. Vandenbroucke, B. Vanhercke, *A European Social Union: 10 tough nuts to crack,* Bruxelles, 2014. Cfr. M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea,* cit., 567-569.
[42] F. Vandenbroucke, B. Vanhercke, *A European Social Union: 10 tough nuts to crack*, cit., 16.

«*soft governance*» delle istituzioni europee facendole convergere su obiettivi di stampo sociale[43]. Premessa la debole struttura dell'ordinamento europeo, che risente del metodo intergovernativo, si sono evitati «rigidi modelli di *government*», che avrebbero dovuto raccogliere più ampi consensi nel merito[44].

Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, infatti, riconosce tre categorie di principi e diritti fondamentali, di cui una attinente alla protezione sociale e all'inclusione, richiamando i diritti già acquisiti dall'ordinamento alla Carta dei diritti fondamentali UE. È lo stesso documento congiunto a riconoscere al n. 18 del preambolo che il PEDS non avrebbe ampliato le competenze dell'Unione Europea in materia.

Pare difficile, perciò, sostenere che questa fu una rilevante novità nell'ordinamento giuridico comunitario. Infatti, di rilevante interesse scientifico furono le opinioni degli studiosi che criticavano al PEDS la «insostenibile leggerezza» se non quando un arretramento nel processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali, a causa della sua interferenza con la Carta dei diritti fondamentali UE[45].

La rilevanza del PEDS sembra risiedere, come già anticipato, nel suo carattere fortemente politico: anche dopo le elezioni del 2019, le istituzioni europee pur rinnovate non avrebbero potuto esimersi dalla responsabilità politica di rispondere dell'attuazione di quanto proclamato nel 2017. In altri termini, non è quantomeno trascurabile per aver «riportato nell'Agenda europea la questione sociale»[46], affinché in ambito europeo si crei un corretto equilibrio tra la tutela delle libertà economiche e la tutela dei diritti sociali[47].

La Commissione, presieduta da Ursula Von der Leyen e insediatasi nel 2019, peraltro, rinnovò quel «mutamento di indirizzo politico», incentrato sugli obiettivi del PEDS accanto a quelli dell'UEM[48]. Ad onor del vero, il PEDS preparò la vera «svolta epocale» evidenziabile nel processo di integrazione dell'Europa sociale: la risposta giuridica ed economica dell'Unione Europea alla crisi pandemica. Come ha sostenuto Longo, misure come la sospensione emergenziale del Patto di stabilità e concorrenza, l'acquisto da parte della BCE dei titoli pubblici, e in particolare il programma unico di finanziamento dei sussidi di disoccupazione e di forme di riduzione dell'orario di lavoro denominato SURE di cui al reg. UE n. 672/2020, sono state le prime che hanno «riscritto» la Costituzione economica europea[49] e innovato il

---

[43] B. Hacker, *A European Social Semester? The European Pillar of Social Rights in practice, ETUI Research Paper, Working Paper*, n. 5, 2019.

[44] G. Gotti, *L'implementazione partecipata del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi,* in *Rivista AIC*, 1, 2021, 184.

[45] S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali,* in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2017. Cfr. S. Giubboni, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa,* in G. Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo,* Roma, 2018, 16-24; A.O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali,* in S. Giannello, *L'ennesimo passaggio a vuoto sulla via dell'integrazione (politica) europea,* in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2018, 516-518; S. Polimeni, *C'è giustizia sociale in Europa? Il "modello sociale europeo" tra politica economica e politiche sociali,* in *La Cittadinanza Europea*, 2, 2019, 193-198.

[46] M. D'Onghia, *Le tutele welfaristiche nel Social Pillar*, in G. Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, 2018, cit., 38.

[47] A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018; Cfr. D. Siekel, *Dove porta il pilastro europeo dei diritti sociali,* Roma, 2018, 7-8.

[48] S. Cecchini, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?,* in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2021, cit., 103.

[49] «Una serie di misure che stanno riscrivendo la *Costituzione economica* su cui si fonda l'Ue da Maastricht in avanti». E. Longo, *Il volto umano dell'Unione Europea: passato e futuro dei diritti sociali,* in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 657.

precedente modello fondato sul Metodo Aperto di Coordinamento[50].
Allo stesso modo deve essere interpretata l'implementazione di programmi di finanziamento europeo permanente delle politiche sociali nazionali, che risponde alla necessità – economica, storica e contingente – di «una regolazione dei conflitti sociali che vada oltre il livello statale»[51].
Ammonta a 1.800 miliardi di euro l'impianto di finanziamento del nuovo *Piano Marshall* dell'Unione, con le previsioni del Quadro finanziario 2021-2027 di cui al reg. UE n. 2093/2020 e l'istituzione del fondo *Next Generation EU* di cui al reg. UE n. 2094/2020. Quest'ultimo, in particolare, al considerando n. 7 invita gli Stati membri ad utilizzare tale sostegno per «ripristinare i mercati del lavoro e la protezione sociale». Vero è, in ogni caso, che i fondi del *Next Generation EU* rappresentano risorse supplementari al bilancio ordinario dell'Unione e sono stati impegnati per una situazione emergenziale di crisi, ai sensi dell'art. 122 TFUE. Inoltre, è rilevante citare il reg. UE n. 1057/2021, che istituisce il Fondo Sociale Europeo Plus e il reg. UE n. 1060/2021, recante disposizioni comuni sugli obiettivi strategici, le procedure di programmazione, gestione e controllo, per tutti i Fondi europei progressivamente istituiti, stanti a testimoniare la rinnovata attenzione dell'Unione per gli obiettivi sociali.
Il Pilastro europeo dei diritti sociali viene richiamato non solo dalle disposizioni economico-finanziarie già menzionate, ma anche dalle successive intese politiche interistituzionali. Invero, la Commissione Europea, con comunicazione n. 102 del 04 marzo 2021, ha definito il cosiddetto *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali* proponendo alle istituzioni europee tre obiettivi di rilevanza sociale da raggiungere entro il 2030: il 78% della popolazione in età lavorativa dovrà essere occupata; per favorire l'occupabilità il 60% degli adulti dovrebbe formarsi ogni anno; il numero di persone a rischio povertà od esclusione sociale andrà ridotto di 15 milioni. Alla comunicazione n. 102/2021 è seguito il benestare del Consiglio con la Dichiarazione resa al vertice sociale di Porto dell'8 maggio 2021 e le conclusioni favorevoli del Consiglio Europeo del 25 giugno 2021. Tra le azioni proposte, vi è quella di promuovere la protezione sociale per combattere la povertà nel suo «circolo vizioso intergenerazionale». Reddito minimo, edilizia residenziale pubblica, servizi essenziali di qualità sono i principali strumenti individuati. Per quanto qui rileva, la Commissione afferma che una protezione sociale che vada oltre i confini nazionali è una «condizione preliminare per il buon funzionamento del mercato interno».
Tale indirizzo è, inoltre, confermato dalle plurime proposte legislative e, ad oggi, dall'entrata in vigore delle direttive volte a rafforzare i meccanismi di definizione dei minimi salariali, dir. UE n. 2041/2022, nonché la dir. UE n. 970/2023 sulla parità retributiva di genere.

5. Brevi osservazioni conclusive. Alla luce di quanto è emerso, è ragionevole ritenere che la spinta verso una protezione sociale europea sia nata con la stessa armonizzazione dei rischi di mercato, la quale è stata conseguenza della formazione del mercato unico e della sua progressiva liberalizzazione, sino alle crisi economiche del XXI secolo. L'ordinamento giuridico europeo, tuttavia, ha sempre mantenuto un ruolo di coordinamento o, al più, di armonizzazione dei sistemi di *welfare* nazionali, anche a seguito della «costituzionalizzazione» dei diritti sociali fondamentali del cittadino europeo, avvenuta a cavallo tra i due secoli, tra Maastricht e Lisbona, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Vero è,

[50] Per un *focus* sulle politiche sociali si veda L. Lionello, *Le prospettive della politica sociale dell'Unione Europea dopo la crisi pandemica,* in *Politiche Sociali*, 3, 2021, 579-597.
[51] S. Cecchini, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale*, cit., 129-130. Cfr. C. Golino, *I diritti sociali in Europa: legal framework e strumenti di attuazione,* cit., 29 ss.

Issn 2421-0528

tuttavia, che a partire dal 2009 «la consapevolezza di valori condivisi» ottenuta dal «linguaggio dei diritti»[52], in questo caso sociali, ha avvicinato l'azione dei legislatori nazionali e il dibattito europeo verso comuni obiettivi.

Sembra parzialmente disattesa la speranza che la cogenza giuridica della Carta di Nizza avrebbe delegato alla Corte di Giustizia il compito di rinvigorire la garanzia dei diritti sociali con la loro tutela giurisdizionale.

Ciò nonostante, gli obiettivi sociali sono stati oggetto della funzione politica e legislativa, soprattutto nell' occasione dell'emergenza pandemica, in cui è stata manifesta l'interconnessione socioeconomica tra i cittadini europei e la necessità di aprire uno «spazio politico europeo, distinto da quello degli Stati nazionali» per ricercare una risposta internazionale alla crisi socioeconomica[53].

Dall'istituzione del Pilastro europeo dei diritti sociali ad oggi, ad ogni modo, la reazione politica di *soft governance* ha acquisito confini economici e giuridici più marcati: dal ruolo di coordinamento, l'Unione Europea assume oggi il ruolo di primo finanziatore e di normalizzatore dei sistemi di *welfare* degli Stati membri, al fine di ottenere una «omogeneizzazione dei diritti»[54] sociali, preferendo la via «economico-finanziaria»[55] per la europeizzazione a quella giuridica.

Il referente rimane il libero mercato, il che espone al rischio che il processo di integrazione europea sulla protezione sociale non si discosti dall'indirizzo neoliberale dell'eliminazione degli ostacoli al libero mercato e di sostegno esclusivo a chi contribuisce con il proprio lavoro, non anche a tutti i cittadini[56].

È altrettanto vero, tuttavia, che se le politiche di finanziamento e mutualizzazione del debito pubblico degli Stati membri diverranno strutturali e permanenti, segneranno un nuovo capitolo verso la «ri-conciliazione» tra il mercato unico e l'Europa Sociale[57]. Per quanto qui ci occupa, determinante sarà la valutazione del meccanismo SURE e del finanziamento europeo dei sussidi di disoccupazione interni, con lo strumento finanziario del *Social bond framework*.

In ogni caso, sarà determinante la spinta verso l'integrazione fiscale, ridisegnando l'ordinamento europeo come autorità redistributiva[58].

Sul punto, due paiono essere le interpretazioni: una parte della dottrina riconosce un «momento Hamiltoniano» del processo di integrazione europea nelle politiche economiche anticicliche in contrasto allo *shock* pandemico, con la creazione di debito comune e il finanziamento delle politiche nazionali, ivi comprese quelle di protezione sociale[59]. Al contrario, altri giuristi ritengono che si sia soltanto verificata una «convergenza delle intenzioni» entro il quadro istituzionale e giuridico europeo, che rimane il medesimo e

---

[52] S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*, cit., 283.

[53] A. Patroni Griffi, *Il diritto costituzionale e l'Europa: note sparse sul ruolo dei costituzionalisti,* in questa rivista, 1, 2019, cit., 22.

[54] L. Di Majo, *Quo vadis Europa? Spunti di riflessione in tema di deficit democratico delle istituzioni, politica economica e tutela dei diritti fondamentali,* in questa rivista, 1, 2015, 255.

[55] A. Martelli, *L'europeizzazione dei diritti sociali: caratteri e sfide*, cit., 41.

[56] G. Gerbasi, *La risposta dell'Unione Europea e il PNRR italiano allo specchio della crisi pandemica: un ritorno alle finalità emancipanti del costituzionalismo democratico e sociale,* in *La Cittadinanza Europea*, 1, 2022. Sull'Europa divenuta «dispositivo neoliberale» della promozione della concorrenza, si veda A. Somma, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi,* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2021.

[57] C. Golino, *I diritti sociali in Europa: legal framework e strumenti di attuazione*, cit., 31.

[58] L. Lionello, *Le prospettive della politica sociale dell'Unione Europea dopo la crisi pandemica,* cit., 595-596.

[59] F. Costamagna, *Il Next Generation Eu e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà, in «I Post di AISDUE», III, aisdue.eu, Sezione Atti convegni AISDUE*, 3, 2021. Cfr. C. Golino, *I diritti sociali in Europa: legal framework e strumenti di attuazione*, cit., 21.

comprende la riforma del Patto di stabilità e crescita, insieme con l'impianto normativo per la sostenibilità del debito pubblico degli Stati membri[60].
Altrettanto verosimile, nondimeno, è che gli Stati membri potrebbero essere più inclini a cedere parte della propria sovranità fiscale in ragione di un corrispettivo in termini di finanziamento delle politiche sociali nazionali, come forma di una «sovranità democratica condivisa»[61].
Tale processo, all'esito, potrebbe avere importanti risultati istituzionali e giuridici: riconoscere l'Europa nella sua autorità fiscale perché giustificata da un suo effettivo ruolo di redistribuzione sociale degli esiti del mercato, ovverosia le due caratteristiche principali dello Stato del *welfare* e dei diritti sociali nelle Costituzioni del dopoguerra. Se così fosse, la forma dell'Unione assumerebbe connotati tipici del sistema-Stato, con doveri e diritti sociali del cittadino europeo, che già appartengono ad uno *ius commune* dei doveri e dei diritti fondamentali da ricercare anche nella tradizione costituzionale degli Stati membri[62], oltre che una struttura di governo che tuteli tali diritti, ivi compreso quello alla protezione sociale, con *standard* uniformi in tutto il territorio dell'Unione.

Abstract. Le nuove sfide economiche hanno riacceso l'attenzione sui correttivi alle dinamiche di mercato e, perciò, anche sull'Europa sociale o sul cosiddetto «modello sociale europeo». Ciò è conseguenza del fatto che i fenomeni economici e sociali richiedono sempre più una trattazione internazionale e, in particolare, analoga su tutto il territorio europeo. Lo stesso richiede nel settore della sicurezza e della protezione sociale, quale funzione che il *Welfare State* di stampo europeo ha assunto nel XX secolo e che si è rapportato con la progressiva liberalizzazione del mercato unico continentale. L'elaborato, dopo aver riflettuto su quale sia la tradizione costituzionale comune dei sistemi di welfare degli Stati membri, ripercorre diacronicamente l'evoluzione normativa del modello sociale europeo in tema di protezione sociale. Ciò consentirà di rilevare in che modo il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali del 2017 rappresentano costituisca la tappa del percorso verso l'integrazione europea nella protezione del cittadino europeo, anche alla luce delle recenti azioni europee in contrasto all'emergenza pandemica. Le osservazioni teoriche di cui alla conclusione evidenziano come lo stato dell'arte potrà evolvere il futuro dell'ordinamento dell'Unione e del *welfare europeo*.

Abstract. The new economical challenges have turned on the attention on corrective measures for market processes, particularly focusing on social Europe or the so-called «European social model». This is because the economic and social phenomena increasingly require international answers, especially across the entire European territory. The same holds true in the field of security and social protection, as a function that the European welfare state has taken on in the 20th century, aligning with the progressive liberalization of the continental market. After reflecting on the common constitutional tradition of the welfare systems of member states, this paper chronicles the regulatory evolution of the European social model regarding social protection. This will help identify how the European Pillar of Social Rights in 2017 represents a milestone in the path toward European integration in the

[60] A. Guazzarotti, *La riforma delle regole fiscali in Europa: nessun "Hamiltonian moment",* in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2023. Cfr. L. Lionello, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment comes for Europe?,* in *Rivista Eurojus*, 4, 2020.
; A. Somma, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi,* cit., 4-5
[61] A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo,* in questa rivista, 1, 2015, 106.
[62] G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali,* in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2006, 7-24.

protection of European citizens, especially in light of recent European actions, addressing the pandemic emergency. The theoretical observations in the conclusion highlight how the state of art may shape the future of the European Union legal framework and European welfare.

Parole chiave. Welfare – Unione Europea – Pilastro Europeo dei Diritti Sociali – Cittadinanza europea – Costituzione europea.

Key words. Welfare – European Union – European Pillar of Social Rights – European Citizenship – European Constitution.

IL VOLTO SOCIALE DELL'EUROPA: MASCHERA O VERA IDENTITÀ?*

di Alessandra Mattoscio**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il livello di evidenza: povertà ed esclusione sociale. – 3. Funzione di prevenzione e funzione di cura della povertà. – 4. Quanto la dimensione europea influisce sullo sviluppo di politiche di contrasto alla povertà? – 5. Il livello di non evidenza: il volto sociale dell'Europa.

1. Introduzione. Nello spazio comune che l'Unione europea si è impegnata a costruire fin dal suo Manifesto[1], la tensione verso una comunità coesa, eguale e solidale è stata affermazione di libertà e democrazia, oltre che la base per uno sviluppo economico e un mercato aperto e competitivo.

La costruzione del mercato unico ha rappresentato fin dalle origini il primo obiettivo della costituzione della Comunità europea, ed è noto che fino al Trattato di Amsterdam il diritto comunitario si è mostrato poco incline alla tutela dei diritti sociali, e che gli obiettivi di carattere sociale «sono stati tradizionalmente subordinati a quelli finalizzati alla realizzazione dell'integrazione economica europea»[2], pur essendo pervaso di essi lo spirito dei primi sostenitori della dimensione europea.

Questo contributo intende soffermarsi sul profilo sociale dell'Europa per comprendere se ne costituisce nel profondo un paradigma identitario. Per affrontare il tema dei diritti sociali, e il relativo assetto dei servizi sociali, si propone di partire dalla prima evidenza con cui la società si confronta ogni giorno e che rappresenta il mancato adeguamento a quei diritti e il mancato ottenimento delle prestazioni, che l'assetto dei servizi dovrebbe garantire. La povertà. Essa è infatti il primo scoglio tangibile di una cronica debolezza della società nazionale ed europea. Essa è patologica o fisiologica? È una disfunzione, nelle categorie dell'amministrativista? Si misura o si accerta? E ancora moltissime potrebbero essere le domande da porsi…

In *primis*, la povertà è sì una disfunzione, una disfunzione di un sistema amministrativo che dovrebbe garantire determinate prestazioni di servizi; la disfunzione di un sistema costituzionale, che dovrebbe assicurare il raggiungimento del risultato della tutela dei diritti sociali[3]; la disfunzione di una comunità europea, che promuove la sicurezza e l'assistenza

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo – LUISS Guido Carli.

[1] Nel Manifesto si legge: «assicurare a tutti, con un costo sociale relativamente piccolo, il vitto, l'alloggio e il vestiario, col minimo di conforto necessario per conservare il senso della dignità umana. La solidarietà umana verso coloro che riescono soccombenti nella lotta economica, non dovrà, per ciò, manifestarsi con le forme caritative sempre avvilenti e produttrici degli stessi mali alle cui conseguenze cercano di riparare, ma con una serie di provvidenze che garantiscano incondizionatamente a tutti, possano o non possano lavorare, un tenore di vita decente, senza ridurre lo stimolo al lavoro e al risparmio. Così nessuno sarà più costretto dalla miseria ad accettare contratti di lavoro iugulatori», in A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, Genova-Ventotene, 2021.

[2] A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007.

[3] «Ciò che indefettibilmente deve essere garantito dai soggetti pubblici, poiché questo è sanzionato in modo ultimativo dai poteri sostitutivi statali, è in definitiva il risultato della tutela dei diritti sociali, attraverso

sociale a tutti i cittadini europei, al fine di consentire a tutti di condurre una esistenza libera e dignitosa. Se essa sia poi patologica o fisiologica, è più complesso da affermare, perché è sicuramente vero che non vi è mai stato un periodo storico che non abbia conosciuto la povertà, ma è anche vero che la «povertà zero» è il primo degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030, che pone un obiettivo, almeno teoricamente, pienamente realizzabile. Ai nostri fini dire se si tratta di una patologia o di un fisiologico accidente non è affermazione particolarmente rilevante, perché in ogni caso, qualunque sia la natura della povertà, ciò che qui interessa è il raggiungimento della garanzia dei diritti sociali e del soddisfacimento dei servizi sociali. Un possibile riverbero della distinzione tra condizione patologica o fenomeno inevitabile si ha in relazione all'ulteriore domanda se la povertà si accerta o si misura. Si osserva, infatti, che «l'accertamento della condizione di povertà rimanda a un'idea della povertà come condizione patologica, come male a cui rimediare e, in prospettiva, da estirpare. La misurazione della povertà fa pensare piuttosto a una concezione della povertà come fenomeno inevitabile, da valutare per contenerlo e correggerne le conseguenze negative, ma che non può essere eliminato definitivamente»[4].

In sostanza, l'ordinamento si impegna sia ad accertarla che a misurarla, a differenza di ciò che accade per la ricchezza, che invece si misura, ma non si accerta[5]. L'obiettivo che si persegue con la misurazione è l'individuazione dei soggetti bisognosi[6], al fine poi dell'erogazione delle prestazioni, mentre con l'accertamento della povertà si tende a valutare la gravità e la dimensione del disagio per poter impostare le politiche di ausilio[7]. Con riferimento poi ai criteri di misurazione, va certamente detto che il mero criterio del reddito non è da sé sufficiente, pur rimanendo una delle principali evidenze di una determinata situazione di vulnerabilità[8]. Altri indicatori che compongono, infatti, l'assetto della situazione di povertà sono o possono essere la sicurezza urbana, fenomeni di criminalità, il livello qualitativo dei servizi di prima necessità, dai trasporti agli asili nido, e così via, indicatori che si definiscono in base al contesto storico e sociale al quale si riferiscono, essendo la povertà un fenomeno dal carattere congiunturale e variabile.

2. Il livello di evidenza: povertà ed esclusione sociale. La povertà[9] è una nozione dai

prestazioni 'garantite', cioè effettivamente erogate da soggetti che rispondono della propria attività al 'sistema pubblico'», in A. Albanese, op. cit.

[4] B.G. Mattarella, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2012.

[5] *Ibidem*.

[6] La nozione di bisogno è una nozione rilevante con riferimento alla povertà e poi alle politiche di contrasto, perché essa «connota una carenza, la mancanza di qualcosa di importante e al tempo stesso un oggetto, un bene mancante oppure necessario per sopperire o rimediare alla mancanza: un bisogno sanitario nasce ad esempio a causa di un qualche deficit di salute (la carenza), che crea l'esigenza di qualche forma di assistenza medica (un bene necessario per rispondere alla carenza)». La nozione di bisogno va poi individuata insieme alla nozione di rischio, che invece rappresenta «l'esposizione a determinate eventualità che possono accadere (ad es., la malattia) e che, quando si verificano, producono effetti negativi e generano dunque dei bisogni», in M. Ferrera, *Le politiche sociali*, Bologna, 2019.

[7] B.G. Mattarella, op. cit.

[8] «In sintesi, non vi sono dubbi che il riferimento al denaro è un modo insufficiente per misurare il benessere, ma è altrettanto vero che da esso difficilmente si può prescindere e che la condizione di povertà è spesso legata alla scarsa disponibilità di risorse finanziarie. La soluzione inevitabile è di continuare a fare riferimento principalmente ai valori monetari, come il reddito individuale e il prodotto interno lordo, ma integrandoli con altri indicatori, non meno significativi in termini di valutazione del benessere», in B.G. Mattarella, op. cit.

[9] Per *G. Zanobini* la povertà andava distinta dall'indigenza. Riteneva che l'indigenza fosse una condizione più grave e permanente, mentre la povertà era una condizione occasionale, che poteva insorgere in presenza di eventi imprevisti o situazioni particolari. Le politiche di lotta alla povertà avrebbero dovuto concentrarsi soprattutto sull'indigenza, proponendo di aumentare il reddito e il benessere di chi è complessivamente povero,

margini molto labili e indeterminati, e soprattutto una nozione complessa che non ricomprende il solo aspetto economico, ma anche quello sociale e infrastrutturale. Oltre alla logica redistributiva e quantitativa fondata sul livello del reddito, emergono, infatti, anche gli aspetti relazionali e qualitativi, così da aprire il concetto di povertà a quello di esclusione, e poterne osservare le ricadute sulla definizione delle politiche pubbliche[10].
La povertà è al contempo una questione di giustizia, di eguaglianza[11] e di libertà[12], e per questo è così interessante studiarne le ripercussioni e prospettare possibili soluzioni.
Nell'impalcatura europea e nel principale obiettivo di un mercato aperto e concorrenziale, la povertà è di per sé un ostacolo rilevante alla crescita economica, come riconosciuto anche dalla Costituzione al secondo comma dell'art. 3, il quale individua negli ostacoli di ordine economico e sociale fattori limitanti della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini, e fattori impeditivi del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.
Si comprende allora che la povertà, oltre ad avere plurime articolazioni, si connota anche per una stretta connessione con i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà.
La povertà è un fenomeno di certo molto antico e compone, inoltre, uno speciale connubio con il fenomeno della crisi, di qualsiasi natura essa sia: economico-finanziaria, geopolitica, sociale o sanitaria. Così come nel passato Tocqueville ha studiato il fenomeno del pauperismo in relazione alle rivoluzioni sociali e industriali, così allo stesso modo oggi il tema della povertà viene in rilevo relativamente all'incremento delle dimensioni nazionali ed europee della povertà, a seguito della pandemia.
Tocqueville ha rilevato anche lo stretto rapporto che la povertà ha con il benessere: «i paesi reputati come i più miserabili sono quelli dove, in realtà, si conta il minor numero di indigenti, mentre tra le nazioni che tutti ammirano per la loro opulenza, una parte della popolazione è costretta, per vivere, a ricorrere all'elemosina dell'altra». È evidente, dunque, che benessere e povertà sembrano essere direttamente proporzionali, all'aumentare dell'uno, cresce anche l'altra. La *ratio* di questa affermazione, così vicina al vero, è che nell'incremento delle condizioni di benessere, si moltiplicano le esigenze e, quindi, i bisogni. Con ciò si intende osservare che una logica redistributiva e prestazioni qualitativamente e quantitativamente più consolidate di servizi sociali consentirebbero di appianare le diseguaglianze. Emerge così in modo proporzionale l'esigenza di approntare politiche pubbliche di risposta agli squilibri.
Per comprendere, poi, il rilievo giuridico della povertà, occorre distinguere tra povertà individuale e povertà collettiva, nel senso di povertà di un gruppo, di una fascia della popolazione o dell'intera società, mentre la prima rileva nel diritto civile e nel diritto penale, quella collettiva o diffusa rileva, invece, solo per il diritto amministrativo. Inoltre, la povertà ha un duplice rilievo giuridico: in senso assoluto e in senso relazionale, «in senso assoluto, come condizione di disagio da eliminare, come problema da risolvere; e in senso relazionale, come rapporto tra la condizione dei più poveri e quella dei più ricchi, come condizione di

o soprattutto sulla povertà, predisponendo rimedi a particolari e occasionali situazioni di debolezza. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1952.
[10] F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2004.
[11] Con riferimento all'eguaglianza è interessante notare che «se si presta attenzione a ciò che avviene nel mondo fin dall'origine della vita sociale si scoprirà facilmente che l'eguaglianza si incontra soltanto ai due limiti estremi della civiltà. I selvaggi sono tra di loro eguali per il fatto che sono tutti deboli e ignoranti. Gli uomini di avanzata civilizzazione possono divenire eguali perché hanno tutti a loro disposizione strumenti analoghi per pervenire all'agiatezza e alla felicità. Tra questi due estremi si trovano l'ineguaglianza delle condizioni, la ricchezza, la cultura ed il potere di alcuni; la povertà, l'ignoranza e la debolezza di tutti gli altri», in A. de Tocqueville, *Il pauperismo*, Roma, 1998.
[12] F. Fracchia, op. cit.

diseguaglianza da attenuare o compensare»[13].
Storicamente la questione della povertà come oggetto di amministrazione pubblica viene in rilievo per due aspetti, da un lato come problema di ordine pubblico, e dall'altro come problema di assistenza. I due aspetti si compenetrano e si condizionano, perché la politica dell'assistenza diviene strumento di prevenzione del problema dell'ordine e della sicurezza, nel concetto antico del povero, del miserabile come pericoloso per la società[14].
Oggi la povertà è un concetto molto ampio e multidimensionale[15], che va oltre la mera disponibilità di beni e di risorse materiali, anche le categorie di poveri si sono ampliate, e vi rientrano i minori e i giovani, i c.d. *working poors*, tra cui soprattutto donne, gli *homeless*, gli immigrati, e, infine, i c.d. equilibristi della povertà, coloro che vivono in bilico tra la sufficienza e l'insufficienza delle risorse[16]. Emerge così che le categorie più vulnerabili ed esposte sono coloro che si troverebbero di fatto nelle condizioni per poter svolgere attività lavorativa. Si osserva, infatti, che «la condizione di povertà è l'esito di un processo caratterizzato dal fallimento della conversione delle 'capacità' in 'funzionamento', che si concretizza in un 'convertitore' soprattutto di condizione più che di *status*: oltre che del contesto materiale determina un mutamento dei profili psicologici e morali, con conseguente peggioramento delle condizioni cognitive e volitive della persona»[17]. Una condizione di prolungata povertà rischia, infatti, di determinare una serie di conseguenze che si ripercuotono sul livello cognitivo e sul benessere psicologico, proprio per il fatto che la povertà non è determinata solo da fattori economici, ma anche da altri fattori di carattere sociale, infrastrutturale e di godimento di determinati servizi.
Solo per constatare attraverso i numeri, l'ampiezza della questione sul territorio europeo, si consideri che nel 2022 si registrano 95,3 milioni di persone a rischio di povertà o di esclusione sociale[18].

3. Funzione di prevenzione e funzione di cura della povertà. Con riferimento alle attività o misure di contrasto alla povertà, si elencano misure di prevenzione, misure di promozione del benessere e misure rimediali, volte a elargire prestazioni pecuniarie e non solo ai soggetti in stato di necessità[19]. Così come individuava già Zanobini, si può distinguere tra azione preventiva e azione riparatrice dello Stato[20].
Lo Stato, quale complesso di pubblici poteri, è senza dubbio il «principale attore della lotta alla povertà», esso «non opera in via esclusiva, ma si avvale del sistema delle relazioni di diritto privato. Esso si occupa sia della povertà individuale, erogando prestazioni specifiche a favore di singole persone, sia di quella diffusa, svolgendo un'azione di prevenzione attraverso la

[13] B.G. Mattarella, op. cit.
[14] V. Cerulli Irelli, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Democrazia e diritto*, 4, 2005. «Nello "stato monoclasse" si pongono due questioni: la situazione dei poveri e la situazione degli analfabeti. La povertà viene considerata come pericolo sociale: i poveri sono proclivi alla delinquenza, non lavorano, disturbano l'ordine sociale, tutto proteso alla produzione». Si parla dei poveri come di «elemento perturbatore dell'ordine sociale», in M.S. Giannini, *Istituzioni sociali e costituzione*, in R. Artoni, E. Bettinelli (a cura di), *Povertà e Stato*, Roma, 1987, 15-24.
[15] «La povertà è un fenomeno multidimensionale. Le difficoltà di ordine materiale, che attengono alle esigenze di reddito, di lavoro e di abitazione, sono quelle più evidenti e prevalenti. A esse, però, si affiancano altre forme di vulnerabilità, legate a fattori sociali, culturali ed esistenziali, che riguardano vari aspetti, quali la situazione familiare, l'educazione, l'istruzione e la salute, in termini di mancato accesso alle relative prestazioni, nonché, in alcuni casi, i processi migratori», in C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021.
[16] C. Franchini, op. cit.
[17] *Ibidem*.
[18] Dati Eurostat.
[19] Anche *G. Zanobini* distingueva tra azione preventiva e azione riparatrice dello Stato rispetto al pauperismo.
[20] G. Zanobini, op. cit.

Issn 2421-0528

redistribuzione delle ricchezze, in un'ottica di riduzione delle diseguaglianze»[21].
Volendo individuare le funzioni legate al tema della povertà, si elencano due tipi di funzione, tra loro senz'altro connesse e interrelate. Da un lato, la funzione di lotta alla povertà e di promozione della ricchezza o del benessere della società nel suo complesso, in un'ottica anche redistributiva della ricchezza, che risulta orientata «a tre grandi obiettivi: accrescere la ricchezza complessiva; ridurre le conseguenze negative della povertà; ridurre le diseguaglianze»[22]; dall'altro lato, la funzione inerente alla cura dei poveri, rivolta agli obiettivi della disponibilità di un minimo di risorse economiche e dell'eguaglianza[23].
Con riferimento ai livelli territoriali investiti di queste funzioni, si osserva che la funzione preventiva è rimessa prevalentemente a quelli più elevati e si esplica «soprattutto in attività di regolazione, programmazione e distribuzione di risorse, che spettano prevalentemente allo Stato e alle regioni», mentre la funzione di cura è rimessa più frequentemente ai Comuni, oltre a richiedere un forte coinvolgimento dei soggetti privati[24].
Emerge, dunque, che la lotta alla povertà, sia in termini di prevenzione, sia in termini di cura, rappresenta l'oggetto di politiche pubbliche, che «si muovono in un quadro giuridico costituzionale, che le rende nel vigente sistema positivo, doverose e ineludibili»[25]. In particolare, il riferimento costituzionale lo si rinviene all'art. 38 Cost.[26], nelle politiche di assistenza sociale.
La macroarea di queste politiche è quella delle politiche sociali, al cui interno si elencano: le politiche pensionistiche, le politiche sanitarie, le politiche del lavoro e le politiche di assistenza sociale[27].
Le politiche di assistenza sociale, di particolare interesse per il presente contributo, possono definirsi come «corsi di azione volti a definire le norme, gli standard e le regole in merito alla distribuzione di alcune risorse e opportunità considerate particolarmente rilevanti per le condizioni di vita e dunque meritevoli di essere in qualche modo 'garantite' dall'autorità dello stato»[28]. I concetti a cui inevitabilmente sono strettamente connesse sono quelli di *Welfare State*, erogazione di servizi sociali e cittadinanza sociale.
Lo Stato sociale o *Welfare State* o Stato del benessere non esprime precisamente una nozione giuridica, poiché non configura un modello di Stato, ma una forma «di transizione verso assetti che ancora non conosciamo»[29], scriveva Giannini. «La locuzione 'stato sociale' può pertanto servire per descrivere, non per definire tipi di Stato»[30]. Esso si sviluppa su due spinte, tra esse connesse: la prima, di carattere materiale, che si attesta nell'affermazione dello «Stato pluriclasse», anche a seguito dell'allargamento del suffragio, e quindi l'accesso delle classi fino ad allora escluse ai poteri pubblici; la seconda, di carattere ideale, che «risale alla critica marxiana (e socialista in genere) del carattere limitato e insoddisfacente delle garanzie costituzionali della eguaglianza formale»[31]. Con riferimento ai soggetti del *Welfare State* si può recuperare la figura del c.d. diamante del *welfare*, un quadrilatero che ingloba lo Stato, il

[21] C. Franchini, op. cit.
[22] B.G. Mattarella, op. cit.
[23] *Ibidem*.
[24] *Ibidem*.
[25] V. Cerulli Irelli, op. cit.
[26] Art. 38 Cost. fa riferimento al diritto dell'inabile al lavoro e di colui che sia sprovvisto dei mezzi necessari al mantenimento e all'assistenza sociale
[27] M. Ferrera, op. cit.
[28] *Ibidem*.
[29] M.S. Giannini, op. cit., 15-24.
[30] *Ibidem*, 15-24.
[31] S. Cassese, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in R. Artoni, E. Bettinelli (a cura di), *Povertà e Stato*, Roma, 1987.

mercato, la famiglia e il mondo associativo e disegna il c.d. «regime di *welfare*». In questa figura, il ruolo principale resta comunque quello svolto dallo Stato, «da un lato esso è infatti il «contenitore» di tutti i processi di produzione di benessere, formali e informali, pubblici e non pubblici (l'area grigia della figura); dall'altro, lo stato è il «regolatore sovrano» di questi processi (le frecce che collegano i bordi del contenitore statale con le tre sfere)»[32].

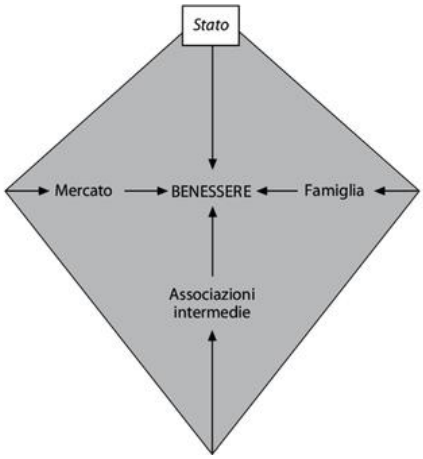


Figura 1- Il diamante del welfare[33]

Vi sono poi i servizi sociali, che rappresentano il portato più rilevante delle politiche di assistenza sociale, in quanto realizzano concretamente gli obiettivi del *welfare state*. Prima di definire cosa siano, si osserva che essi rispondono a due elementi, *in primis* la necessità di soddisfare i diritti sociali costituzionalmente previsti, e poi quello di riferirsi ad attività che possono essere svolte, e che sono normalmente messe in atto da soggetti privati[34]. Una caratteristica ulteriore delle prestazioni oggetto dei servizi sociali è la modalità differenziata e individualizzata di erogazione, che considera le necessità dei singoli destinatari[35]. Una delle questioni rilevanti è poi che spesso l'erogazione di tali servizi non rientra in una logica coerente e integrata all'interno di una politica sociale condivisa e diffusa sul territorio nazionale, anche perché non è neanche semplice individuarne sempre un identico confine. Un tentativo di disegnare un sistema integrato di interventi e servizi sociali si è realizzato con la l. n. 328/2000, ai sensi della quale per servizi sociali si intendono «tutte le attività relative alla predisposizione e alla erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinati a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita»[36]. In tale definizione si riscontra un chiaro approccio finalistico, teso a finalizzare il sistema al singolo individuo, al soddisfacimento delle ordinarie esigenze personali[37]. Con riferimento poi ai soggetti protagonisti di questo sistema, accanto ai soggetti pubblici vi sono i soggetti privati, essi infatti concorrono

[32] M. Ferrera, op. cit.
[33] Tale figura è tratta da M. Ferrera, *Ibidem*
[34] A. Albanese, op. cit.
[35] *Ibidem*.
[36] Art. 1, c. 2, l. n. 328/2000, il quale rinvia all'art. 128, d.lgs. n. 112/1998. Si tratta di una definizione per rinvio. L'articolo 128 per la prima volta individua i servizi sociali come una materia, piuttosto che come la denominazione di una serie di materie. Per una panoramica sui servizi sociali si veda: E. Ferrari, *I servizi sociali,* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte Speciale*, Milano, 2003; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2020, 385-387.
[37] E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 75 ss.

complementarmente alla costruzione di tale sistema, «ed è una complementarità in certo modo obbligata, necessaria»[38]. La competenza in materia ha poi ricevuto un nuovo tratteggio con la riforma del Titolo V della Costituzione. Ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. *m)*, lo Stato ha legislazione esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, oltre ai quali poi i servizi sociali sono attribuiti alla competenza residuale esclusiva delle Regioni. Si realizza così un sistema multilivello di competenze, che attua il principio di sussidiarietà in tutte le sue declinazioni, verticale e orizzontale. In quest'ultima accezione si promuove e valorizza, infatti, il Terzo settore, che come recentemente riformato[39], ricomprende organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, associazioni e fondazioni.

La riforma del Titolo V è stata di estrema importanza per i servizi sociali non solo per la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, ma anche per altri due elementi: la scomparsa dal sistema delle competenze della materia della beneficienza[40] pubblica e assistenza sanitaria e ospedaliera; e il nuovo elenco di materie assegnate alla competenza legislativa esclusiva statale, ossia la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

Con riferimento alla cittadinanza sociale, si richiama l'aspetto costituzionale dei diritti sociali che insieme a quelli civili e politici, costituiscono il sostrato dell'essere cittadini. In particolare «la cittadinanza sociale contribuisce così alla concreta realizzazione dei grandi ideali normativi della tradizione occidentale moderna: libertà, uguaglianza, solidarietà, sicurezza»[41]. I diritti sociali hanno avuto, però, rispetto ai diritti di libertà, un cammino più tortuoso, perché sono rimasti a lungo in una situazione di inferiorità. All'interno della categoria dei diritti sociali è, poi, opportuno distinguere tra quelli originari o incondizionati, che «attengono a rapporti giuridici che istituiscono su libera iniziativa delle parti, al fine di qualificare il tipo o la quantità di talune prestazioni […], e pertanto possono essere fatti valere direttamente dagli aventi diritto nei confronti della controparte»[42], e quelli derivati o condizionati, che invece «sono diritti il cui godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi […], e presuppongono, quindi, l'intervento legislativo, con la conseguenza che si configurano come pretese direttamente azionabili soltanto allorché sussistono le condizioni di fatto prestabilite dal legislatore per il loro godimento»[43]. Il diritto all'assistenza, così come anche il diritto all'abitare, rientra in questa seconda tipologia di diritti sociali.

4. Quanto la dimensione europea influisce sullo sviluppo di politiche di contrasto alla povertà? Tra le misure di contrasto alla povertà, è interessante concentrare l'attenzione sul concetto di assistenza. Si osserva che esso ricomprende una serie di azioni con cui lo Stato

[38] E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), op. cit., 77.
[39] D.lgs. 117/2017, *Codice del Terzo settore*.
[40] Con riferimento alla distinzione tra beneficenza e assistenza: «la beneficienza ha come presupposto e come condizione del suo esercizio soltanto l'indigenza o almeno la povertà […] l'assistenza, invece, presuppone un latro determinato requisito: la qualità di studente, quella di aspirante al sacerdozio, la qualità del lavoratore, ecc.», in G. Zanobini, op. cit. Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa, III ed., Milano, 1959, 535. «Quello che comunque rimane incerto nella distinzione, ed in effetti è generalmente incerto nella legislazione positiva, è se "l'altro" requisito proprio dell'assistenza costituisca da solo titolo sufficiente per richiedere l'intervento o debba sempre necessariamente sussistere anche lo stato di povertà», in E. Ferrari*, I servizi sociali,* op. cit., 902.
[41] M. Ferrera, op. cit.
[42] F. Modugno, *Diritto Pubblico*, Torino, 2015, 620.
[43] *Ibidem*, 620.

interviene già a partire dal XVII secolo nella sfera sociale[44]. Il termine assistenza ingloba poi una serie di molteplici declinazioni, avvicinandosi in tal modo ai concetti di carità, beneficienza o filantropia. È qui utile approfondire l'assistenza sociale, che si configura come «il passaggio dalla carità ai diritti sociali»[45]. Nel caso delle politiche di assistenza sociale, che possono essere definite come quelle volte a garantire e promuovere l'inclusione sociale, attraverso l'erogazione di servizi sociali, occorre distinguere questi ultimi dalle misure di sostegno economico. Da un lato, infatti, i servizi sociali sono destinati a essere fruiti da tutti, salvo la previsione di priorità di accesso a tutela delle fasce più vulnerabili, mentre, dall'altro, le misure di sostegno economico sono erogate sulla base dell'accertamento di un bisogno individuale e l'impossibilità del soggetto, che ne sarà destinatario, di farvi fronte in autonomia.

Le politiche di assistenza sociale sono certamente connesse all'impianto costituzionale costituito dai principi di solidarietà e uguaglianza, da un lato, e dal diritto dei poveri al mantenimento e all'assistenza sociale, rispettivamente artt. 2, 3 e 38 Cost., che si pongono in un rapporto di *genus* e *species*. L'assistenza sociale non è però menzionata nel riparto di competenze Stato-Regioni, finendo così per rientrare nel novero delle materie c.d. «innominate», rimesse alla competenza residuale delle Regioni[46]. L'intreccio costituzionale è, inoltre, la base per comprendere la necessità di considerare non solo l'aspetto economico, ma anche le condizioni basilari per garantire l'inclusione sociale. Tra gli strumenti approntati dalle istituzioni nazionali se ne elencano di seguito i principali dell'ultimo ventennio. *In primis*, si ha il reddito minimo di inserimento, introdotto prima nel 1998 in via sperimentale e poi stabilmente nel 2000, che consiste in un contributo a integrazione del reddito che mira alla realizzazione di programmi di reinserimento sociale. Nel 2008 è stata poi istituita la carta acquisti ordinaria o *social card*, il cui esito si è rivelato tendenzialmente fallimentare, per non essere riuscita a incidere sui livelli di povertà[47].

Con la l. n. 208/2015 si è cercato di prevedere un riordino delle misure di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale, con l'istituzione del Fondo nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, l'introduzione del *Piano nazionale di lotta alla povertà e la misura del Sostegno per l'inclusione attiva*[48] (SIA), che consiste nell'erogazione di un beneficio economico. Questa misura è stata ben presto sostituita del reddito di inclusione (REI), previsto nel d.lgs. n. 147/2017, attuativo della legge delega per il contrasto alla povertà[49], e che è entrato in vigore il 1° gennaio 2018. Anche il REI non ha avuto una lunga vita, essendo stato sostituito con il reddito di cittadinanza, introdotto con il d.l. n. 4/2019. Si tratta di un sostegno economico a

[44] Il primo esempio sono le *Poor Laws* in Inghilterra. «All'inizio del Seicento l'Inghilterra introdusse un insieme di «leggi sui poveri» (*Poor Laws*), in base alle quali questi ultimi dovevano essere mantenuti a carico dello stato, ma anche internati in apposite case di lavoro (le *workhouses*), non troppo dissimili per la verità dalle prigioni», in M. Ferrera, op. cit.

[45] *Ibidem*.

[46] G.M. Napolitano, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2023, 63.

[47] C. Franchini, op. cit.

[48] https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/poverta-ed-esclusione-sociale/focus-on/Sostegno-per-inclusione-attiva-SIA/Pagine/default.aspx.

[49] La l. n. 33/2017 ha tracciato tre linee di azione. «*In primis*, dispone l'introduzione di una misura nazionale individuata come livello essenziale delle prestazioni da garantire uniformemente in tutto il territorio nazionale, in sostituzione del Sia. Si tratta del reddito di inclusione (REI), concepito come beneficio economico con una componente di servizi alla persona, assicurata dalla rete dei servizi sociali attraverso uno specifico progetto personalizzato aderente ai bisogni del nucleo familiare beneficiario della misura. In secondo luogo, prevede il riordino delle prestazioni di natura assistenziale. In terzo luogo, rafforzamento di coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali, al fine di garantire uniformemente i livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei principi sanciti dalla legge n. 328/2000», in C. Franchini, op. cit.

integrazione dei redditi del nucleo familiare associato a un percorso personalizzato di reinserimento lavorativo e di inclusione sociale. Accanto a questo, si è poi aggiunto durante il periodo emergenziale, legato alla diffusione del virus Covid-19, il reddito di emergenza (REM), che rappresenta invece un sostegno straordinario di durata bimestrale e rivolto ai nuclei familiari in situazione di grave necessità economica[50].

Avendo brevemente visto i principali strumenti approntati in ambito nazionale, è il caso di osservare come l'ambito europeo abbia influito su quello interno e se abbia promosso e investito sulle politiche di assistenza, al fine di contrastare i crescenti livelli di povertà economica e sociale.

Nella dimensione europea la tutela dei diritti sociali, come si è visto, è rimasta a lungo a un livello di inferiorità rispetto alla formazione del mercato unico. Solo nel 1992 con il Trattato sull'Unione europea comincia a farsi spazio «una dimensione sociale dell'integrazione europea»[51]. Si è osservato che inevitabilmente «si tratta ormai di materie di grande importanza, anche se l'intervento dell'Unione consiste spesso nella definizione di norme, che spetta agli Stati membri recepire e implementare: si pensi all'intensità delle discipline europee in materia di tutela dei lavoratori, in ordine alla quale però le funzioni amministrative spettano interamente alle amministrazioni nazionali»[52].

Con riferimento alla tutela dei diritti sociali[53], il principale riferimento non può che rinvenirsi nella Carta di Nizza, in particolare all'art. 34, che intende garantire a tutti[54] coloro che si trovano sul territorio europeo le condizioni materiali per condurre, anche nei momenti di inabilità o difficoltà, una esistenza libera e dignitosa. L'articolo non fornisce, però, «alcuna indicazione vincolante circa la scelta degli strumenti tecnici da utilizzare per il perseguimento degli obiettivi fissati»[55], e da esso non emerge «alcuna indicazione neanche per quel che concerne il contenuto delle singole prestazioni»[56]. Ciò che principalmente rileva è però il riconoscimento e la tutela del diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa. Nel Trattato di Lisbona, che riconosce alla Carta di Nizza valore giuridico vincolante, viene riconosciuta anche la terza dimensione della coesione nell'Unione: la coesione territoriale[57].

Un altro riferimento normativo si rinviene all'art. 3, n. 3 del TUE, laddove si prevede che l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economica sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale […], combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni […], promuove la giustizia e la protezione sociale». Il fine è quello del raggiungimento della coesione, declinata nelle sue tre dimensioni: economica, sociale e territoriale, e della solidarietà tra gli Stati membri. Vi sono poi gli articoli

---

[50] C. Franchini, op. cit.

[51] *Ibidem*, 150.

[52] B.G. Mattarella, *Le funzioni del benessere*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 166-167.

[53] I diritti sociali sono «l'incrocio dei diritti economici con i diritti politici […] perché risulterebbe intollerabile ad una parte della popolazione, già dotata del diritto di voto, l'essere esclusa da una serie di attività e prestazioni di ciò che complessivamente chiamiamo la sfera o dimensione pubblica […] che sono in grado di fornire aiuto e sostegno ai cittadini», in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), op. cit., 28.

[54] È possibile, infatti, estendere l'ambito del riconoscimento del diritto oltre la categoria dei lavoratori proprio per il fatto che vi è un riferimento al principio della dignità. Si estende così l'ambito di applicazione ad ogni persona che si trovi in stato di bisogno. L'art. 34 sembra così «individuare in tal modo una sorta di contenuto minimo del diritto all'assistenza», in A. Albanese, op. cit.

[55] R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

[56] *Ibidem*.

[57] F. Manganaro (voce) *Politiche di coesione*, in *Enc. del dir., I Tematici, III*, 2022, 845.

174-178 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dedicati alla coesione economica, sociale e territoriale. Nel 2017 l'Unione per definire una strategia più efficace per la risoluzione dei limiti e delle difficoltà, di cui era affetto il quadro socio-economico, ha adottato il Pilastro europeo dei diritti sociali, suddiviso in tre macroaree: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, e protezione sociale e inclusione. In quest'ultima rientrano assistenza, reddito minimo, inclusione e accesso agli alloggi sociali[58].
Il Pilastro rappresenta, di fatto, un tentativo dell'Unione di «contrastare l'erosione della dimensione sociale europea e placare le tensioni interne agli Stati membri cercando di facilitare un orientamento diverso delle politiche sociali verso una maggiore tutela dei cittadini europei»[59]. La questione preminente è legata però al fatto che, nonostante la bontà degli obiettivi che l'Unione si prefissa, sussiste il rischio di una mancata concreta attuazione. Gli strumenti usati dalla Commissione sono infatti atti non vincolanti, propriamente detti di *soft law*. E questo è il punto attorno a cui ruota più o meno tutta la «*governance* delle politiche sociali sovranazionali»[60], che rischiano di non incidere adeguatamente sui sistemi di *welfare* nazionali.

Con riferimento all'*Agenda 2030* per lo sviluppo sostenibile, essa individua come obiettivo di azione politica il raggiungimento dell'obiettivo di «povertà zero» entro il 2030, ma qualche dubbio sussiste in merito all'effettiva realizzazione di questa aspettativa, anche per la semplice assenza di una definizione degli obblighi degli Stati e per i generali e non specifici «obiettivi di azione politica»[61], che non garantirebbero così il raggiungimento di un eguale livello di garanzia e tutela dei diritti sociali nei singoli Stati membri[62].
Emerge, quindi, una generalizzata debolezza della dimensione europea, oltre che internazionale, relativa ai diritti sociali. Si consideri che secondo i dati Eurostat, nel 2022 la percentuale di lavoratori a rischio povertà è pari all'8,5%, in lieve calo rispetto agli anni precedenti, ma comunque dato questo che è rimasto abbastanza invariato nell'ultimo decennio, attestandosi tra l'otto e il dieci per cento. I quattro paesi europei che registrano i tassi più elevati sono, in ordine decrescente, Romania, Lussemburgo, Spagna e Italia[63].
Un elemento che ha poi influito enormemente sulle politiche europee, oltre che nazionali, è stata la crisi pandemica, che per la prima volta dopo la stagione della crisi economico-finanziaria, caratterizzata da politiche di carattere restrittivo rispetto ai temi sociali, ha segnato un cambio di rotta. L'Unione ha fatto, quindi, riemergere un'idea di intervento pubblico a garanzia della ripresa e resilienza, promuovendo così un ritorno dello Stato in economia[64].
Una nuova politica europea segnata anche da un rilevante utilizzo di risorse finanziarie a beneficio degli Stati, teso a sostenere una rinnovata idea di pianificazione e programmazione. In termini di coesione non solo sociale ed economica, ma anche territoriale, è previsto che la gestione delle risorse e dei fondi venga condotta dagli Stati con «gli enti locali e regionali e le organizzazioni che rappresentano la società civile e le parti sociali, conformemente al principio di partenariato»[65]. Con il *Next Generation EU* la coesione assurge a principale punto di riferimento, al fine di diminuire il *gap* di sviluppo, che si sostanzia tra le varie Regioni, e nel rapporto tra *welfare* e mercato promuove la concorrenza come fattore essenziale, per

58 https://commission.europa.eu/system/files/2017-12/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_it.pdf
59 A. Nato, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020, 33.
60 *Ibidem*, 35.
61 C. Franchini, op. cit., 160.
62 C. *Ibidem*, 161.
63 https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tespm070/default/table?lang=en
64 F. Manganaro, op. cit., 847.
65 *Ibidem*, 848.

contribuire a una maggiore giustizia sociale[66]. I fondi del *Next Generation EU* si accostano alla programmazione 2021-2027, che si articola in diversi fondi strutturali, tra cui per esempio *Fondo europeo di sviluppo regionale* (Fesr); *Fondo sociale europeo plus* (Fsr+) e *Fondo per una transizione giusta* (Jtf). *Pnrr* e *Fondi* strutturali si integrano così per un obiettivo comune, pur avendo natura diversa, mentre, infatti, il *Pnrr* è un programma di *performance*, i Fondi strutturali sono programmi di spesa.

Occorre rilevare che l'influenza, fino a ieri, dei fondi strutturali non è stata così incisiva per il contesto nazionale. Non ha infatti determinato una diminuzione del divario tra Regioni e non ha promosso la coesione tra l'Italia e gli altri Stati membri[67]. Questo anche perché gli obiettivi delle politiche di coesione «intersecano i due tratti fondamentali del diritto pubblico: la 'normazione' e 'l'organizzazione'». Questa affermazione è necessaria per comprendere che non sono sufficienti risorse, senza la prospettazione di una programmazione effettiva, che tenda a tracciare le coordinate di impiego e sviluppo delle risorse per il raggiungimento di un obiettivo preciso. Se questo è mancato nel contesto nazionale, non vi ha neppure supplito il contesto europeo, dove ci si è limitati ad affermazioni di principio e non si è implementato un coordinamento autentico tra i diversi sistemi di erogazione dei servizi sociali. L'importanza della coesione e della contestuale programmazione delle risorse è indubbia, perché «se la coesione serve alla programmazione e realizzazione di opere pubbliche per il riequilibrio tra territori, a maggior ragione è un modo di perseguire l'eguaglianza sostanziale nelle diverse forme di contrasto alla povertà ed al disagio sociale, con interventi di sostegno alle pari opportunità tra le persone»[68]. Volendo poi individuare delle forme di misurazione dei livelli di coesione, sintomatica è l'effettività dei servizi pubblici, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo[69]. Su questi profili incide, pertanto, nella dimensione nazionale, il discorso relativo alla individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali[70], come regolati dall'art. 117, c. 2, lett. *m)*, Cost. e dall'art. 22, l. n. 328/2000, che ne prevedono l'attribuzione alla competenza dello Stato[71]. In più di venti anni dall'istituzione dei livelli essenziali delle prestazioni, sono stati pochissimi i livelli definiti, e questo è stato oggetto di negativa valutazione anche in diverse sentenze della Corte costituzionale. In una recente sentenza, la n. 220/2021, la Consulta ha ritenuto di «valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i Lep, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché 'il nucleo invalicabile di garanzie minime' per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020)»[72]. È di primaria importanza la eventuale definizione dei Lep, per il fatto che laddove essi non vengano definiti, il dettato costituzionale

[66] F. Manganaro, op. cit., 849.
[67] *Ibidem*, 850.
[68] *Ibidem*, 853.
[69] «La coesione sostiene i processi di superamento delle diseguaglianze, nella misura in cui vengono realizzati i servizi pubblici, cosicché il livello quali-quantitativo di questi ultimi diventa misura del grado di coesione di quel determinato contesto sociale».
[70] «I livelli essenziali di prestazione sono uno snodo per misurare la coesione sociale ed economica, ma anche per valutare i profili relativi alla coesione territoriale, visto che l'art. 117 comma 2 lett. *m* precisa che i LEP devono essere garantiti 'su tutto il territorio nazionale'», in F. Manganaro, op. cit., 857. «I livelli essenziali delle prestazioni debbono essere determinati precisamente e poi assicurati uniformemente su tutto il territorio nazionale», in V. Cerulli Irelli, op. cit.
[71] A. Albanese, op. cit. I Lep sono anche «un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto», in G.M. Napolitano, op. cit., 68, che richiama Corte cost. sent. n. 10/2010.
[72] Corte cost., sent. n. 220/2021.

resta inattuato, e mancherebbero di risposta due importanti questioni: l'individuazione di uno *standard* adeguato di prestazioni e servizi da garantire sul territorio nazionale; e la garanzia a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni delle risorse necessarie per l'erogazione dei servizi oggetto di Lep[73]. La legge di Bilancio 2023 ha riacceso l'attenzione su questa perdurante inattuazione costituzionale, al fine di accelerare la realizzazione dell'autonomia regionale differenziata, per la quale la definizione dei Lep rappresenta un prerequisito necessario. Ciò ha portato, ai sensi dell'art. 143, all'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di una Cabina di regia per la determinazione dei Lep[74]. Un importante impulso alla loro definizione proviene anche dal *Pnrr*, che nella Missione 1 prevede il completamento del federalismo fiscale, di cui alla legge n. 42 del 2009, entro il primo trimestre del 2026, data entro la quale dovrà pertanto completarsi anche la determinazione dei Lep e dei relativi fabbisogni e costi *standard*[75]. Vi è poi la Missione 4, che invece considera i Lep relativamente ad alcuni principali servizi alla persona, tra i quali gli asili nido al fine di incrementare l'offerta delle prestazioni di educazione e cura della prima infanzia. Vi è poi un ulteriore richiamo anche nella Missione 5 in stretta correlazione con la Missione 6, relativamente agli interventi in favore degli anziani non autosufficienti, e dunque, ai servizi sociali territoriali e di prossimità.

5. Il livello di non evidenza: il volto sociale dell'Europa. La superficie evidente, finora osservata, che va dalla povertà alle varie misure di contrasto, non vanta risultati ottimali, e si registrano, infatti, livelli ancora alti di povertà sia in Italia che in Europa, i quali sono indici sintomatici di un livello di non evidenza, che ad essi sottende.

È a questo livello sotteso, che si può ricollegare il volto sociale dell'Europa, e la formazione e lo sviluppo di un'identità europea. Il processo di integrazione e lo sviluppo della coesione, economica, sociale e territoriale, sono i presupposti per la costruzione e l'affermazione di questa identità.

La domanda da porsi è se ad oggi questo volto si mostri nella sua essenza e si riveli come identità effettiva, o se invece sia stato e sia ancora una mera maschera.

L'analisi, fin qui condotta, ha mostrato che fino a poco fa l'identità sociale europea ha rappresentato un vano accessorio, poco attenzionato e poco attuato. È solo, infatti, con la pandemia e i conseguenti *NextGenerationEU* e piani di ripresa e resilienza che l'Unione ha intrapreso un percorso nuovo, volto alla realizzazione di un cambio di paradigma nei confronti delle politiche sociali, e in particolare le politiche di assistenza. Questa rinnovata tensione, che per la prima volta sembra tradurre più concretamente le parole del Manifesto, ha spinto le politiche nazionali, almeno quella italiana, a rimodulare la propensione all'erogazione dei servizi sociali. È sufficiente osservare le sei missioni del *Pnrr* nazionale, per ritrovare, almeno in quattro di esse, la necessità di approntare risposte e raggiungere obiettivi in settori, come la salute, l'istruzione, l'inclusione e la coesione, la definizione dei Lep e dei vari fabbisogni sul territorio nazionale. Viene in evidenza, pertanto, la necessità di strutturare una crescita non solo quantitativa, ma anche qualitativa, che tenda verso investimenti anche di carattere umano e sociale. Emerge, quindi, la necessità di infrastrutture sociali e «si pone allora il problema di come dotare l'Unione europea e i suoi Stati membri degli strumenti per

[73] https://www.openpolis.it/parole/che-cosa-sono-i-lep-livelli-essenziali-delle-prestazioni/

[74] La Cabina di regia è presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e costituita da Ministri competenti nelle materie chiamate in causa dai compiti e dalle funzioni della Cabina di regia, oltre che dai Presidenti della Conferenza delle Regioni e delle province autonome, dell'UPI e dell'ANCI.

[75] http://documenti.camera.it/leg19/dossier/testi/AC0087.htm?_1673201418255#_Toc120898547

attuare politiche sociali e industriali»[76].
Si auspica, dunque, che la crisi pandemica e i piani di ripresa e resilienza siano stati e siano davvero l'occasione per nuove prospettive, in cui incrementare lo sviluppo dell'identità europea e le politiche di contrasto alla povertà, nei singoli settori di intervento, dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla sanità alle politiche abitative, individuando nella solidarietà e nella coesione gli strumenti e al contempo gli obiettivi a cui tendere. È evidente che questa prospettiva richiede un più incisivo intervento dello Stato, il cui primo atto è da rinvenire in una rinnovata fase di programmazione e pianificazione dell'attività statale, tesa al raggiungimento degli obiettivi, concertati anche in sede europea e internazionale.

Abstract. Nello spazio comune che l'Unione europea si è impegnata a costruire fin dal suo Manifesto, la tensione verso una comunità coesa, eguale e solidale è stata affermazione di libertà e democrazia, oltre che la base per uno sviluppo economico e un mercato aperto e competitivo. L'idea di tendere a ripercorrere il profilo del volto sociale dell'Europa è l'intento di questo contributo, incentrato sull'analisi del riconoscimento di un'identità europea condivisa, e l'analisi dell'affermazione dei diritti e dell'integrazione europea dei singoli Stati membri su temi così delicati e complessi come la tutela sociale e la prestazione dei servizi sociali. Si intende comprendere se il profilo del volto sociale europeo abbia illuminato il percorso dei profili dei singoli volti nazionali, o se troppo spesso questo faro sia rimasto spento, oscurando il rilievo che esso assume nel rapporto costante e dialettico tra unità e molteplicità, tra singolo e collettività. Di fatto, comprendere se si tratti di una semplice maschera o di una vera identità europea, se sussiste il sostrato per un'identità tesa al comune fine di lottare contro la povertà e l'emarginazione sociale, riconoscendo alle persone, che non dispongono di risorse sufficienti, il diritto all'assistenza sociale e abitativa, affinché sia garantito lo svolgimento di un'esistenza libera, dignitosa e socialmente accettabile, come emerge dall'art. 34 della Carta di Nizza.

Abstract. In the common space that the European Union has been striving to build since its Manifesto, the tension towards a cohesive, equal, and united community has been an affirmation of freedom and democracy, as well as the basis for economic development and an open and competitive market. The idea of tending to trace the profile of the social face of Europe is the aim of this contribution, which focuses on the analysis of the recognition of a shared European identity, and the analysis of the affirmation of rights and European integration of individual Member States on such sensitive and complex issues as social protection and the provision of social services. The aim is to understand whether the profile of the European social face has illuminated the path of the profiles of the individual national faces, or whether too often this beacon has remained extinguished, obscuring its significance in the constant and dialectic relationship between unity and multiplicity, between individual and collective. In fact, to understand whether this is merely a mask or a true European identity, whether the substratum exists for an identity aimed at the common goal of combating poverty and social marginalisation, recognising the right to social and housing assistance for people who do not have sufficient resources, so that they may be guaranteed a free, dignified and socially acceptable existence, as emerges from Article 34 of the Charter of Nizza.

Parole chiave. Identità – povertà – diritti sociali — solidarietà – servizi sociali.

[76] F. Saraceno, *L'Europa e un ruolo per la mano pubblica*, in *Serve più Stato?*, in *Riv. trim. di cultura e politica*, 2, 2023, 107.

Key words. Identity – poverty – social rights – solidarity – social services.

Issn 2421-0528

CONDIZIONALITÀ EUROUNITARIE E PROCESSI DEMOCRATICI NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA*

di Maria Francesca De Tullio**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Condizionalità finanziarie e crisi della rappresentanza: dall'austerità al *Next Generation EU*. – 3. Gli effetti del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* sull'equilibrio tra poteri. – 3.1. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* e Governo Draghi. – 3.2 *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* e Governo Meloni. – 4. Per un pubblico innovativo delle politiche di ripresa. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione. La ricerca esamina in punto di diritto costituzionale il *Next Generation EU* (*NGEU*) e in particolare il *Dispositivo di Ripresa e Resilienza* (*DRR*), come momento innovativo nella *governance* finanziaria dell'Unione Europea (UE) e preludio di una sua riforma. Come è noto, le misure post-pandemiche hanno rimodulato gli equilibri tra investimenti pubblici e contenimento del debito, sperimentando modalità che hanno ispirato altresì una revisione stabile della materia[1].

In questa sede, ci si soffermerà sugli effetti del *DRR* nell'ordinamento interno, con particolare riferimento al suo impatto sull'equilibrio tra gli organi di governo. Tale questione si colloca – seppur con elementi peculiari, che verranno illustrati – nella più ampia questione di come le condizionalità finanziarie interferiscano con il ruolo del Parlamento nazionale, in un contesto di già diffusa sfiducia nella rappresentanza. Il tema chiama in causa altresì il rapporto tra politica e tecnica nella regolazione, se è vero che delle misure, legittimate dall'obiettivo di una migliore gestione economica, finiscono per esercitare di fatto un'influenza sulle decisioni pubbliche, esterna al circuito rappresentativo tradizionalmente inteso.

Ben prima dell'Unione Europea[2], il tema si è posto allorché i creditori del debito sovrano hanno potuto influenzare le politiche pubbliche vincolando la concessione di mutui e finanziamenti all'adozione di specifiche misure da parte dell'ente pubblico, finalizzate a ridurre la spesa per rafforzare la garanzia patrimoniale dell'ente debitore.

Diverse ragioni hanno condotto a simili condizionalità, riassumibili qui in due ordini di argomentazioni.

La prima ragione è la tutela del creditore[3], quindi il diritto alla restituzione del prestito e agli

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatrice t.d., lett. *a)*, di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

[1] D. De Lungo, *L'eredità costituzionale di* Next Generation EU *e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: elementi per un primo bilancio prospettico*, in *Osservatorio sulle fonti,* 3, 2023, 69.

[2] Per una storia del «sistema debito»: É. Toussaint, *Le système dette. Histoire des dettes souveraines et de leur répudiation*, Parigi, 2017, versione ePub, cap. 1. In particolare, l'Autore riferisce delle condizioni applicate dai finanziatori sui prestiti resi alle ex colonie europee, attraverso l'acquisto per un valore nominale molto superiore al prezzo corrisposto, nonché tassi di interesse particolarmente elevati.

[3] In generale, sui diritti del creditore rispetto al debito sovrano: A.C. Porzecanski, *Human Rights and Sovereign Debts in the Context of Property and Creditor Rights*, in I. Bantekas, C. Lumina (a cura di), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford, 2018, 50 ss. Quando i prestiti sono delle istituzioni internazionali, il discorso è analogo in quanto

interessi, come equa remunerazione per la disponibilità delle somme e il rischio di mancata restituzione del credito. Tale interesse economico è giuridicamente protetto, subordinatamente alla prioritaria salvaguardia dei diritti umani inviolabili, inclusi quelli garantiti dalla spesa pubblica.

La seconda ragione è l'interesse dello stesso debitore: le condizionalità varrebbero come indicazione al soggetto pubblico per instradarsi verso la crescita e il miglioramento della propria capacità produttiva[4]. A questa motivazione si collega un assunto di natura giuridico-costituzionale: l'aumento della spesa non deve esaurire le risorse a disposizione per le generazioni future. Anche queste argomentazioni trovano un loro fondamento costituzionalistico, ma chiaramente soltanto allorché si pongano come incentivo e suggerimento che non comprometta l'autodeterminazione democratica di un popolo. Infatti, quest'ultima presuppone che la valutazione dell'interesse pubblico sia rimessa allo stesso Stato e ai suoi processi rappresentativi; al contrario, potrebbe ricorrere un conflitto di interesse se al creditore fosse rimesso il compito di interpretare solitariamente l'interesse della controparte.

Ancora più complessi risultano i casi in cui siano i Governi stessi a maturare debiti con atti che violano i diritti del proprio popolo, come avviene, ad esempio, in casi regimi dittatoriali o corrotti. In tali casi, è nato l'interrogativo se l'esigenza di restituzione possa arrivare al punto da tagliare spese sociali in misura tale da comprimere la tutela necessaria dei diritti, peraltro in un contesto in cui le medesime popolazioni hanno già subito le conseguenze lesive di un regime autoritario. In tali casi, queste ultime comunità hanno rivendicato l'illegittimità dei debiti stessi[5], *ab origine* lesivi dell'autodeterminazione, con il conseguente rifiuto del pagamento al creditore che può riconoscere la natura della sua controparte governativa.

Da queste premesse si deduce che le condizionalità siano legittime solo laddove si pongano al servizio e non in danno dei diritti individuali e collettivi di autodeterminazione. Tale requisito deve essere osservato in modo sostanziale, considerando la specificità delle

---

la restituzione del prestito è necessaria ad assicurare la natura rotativa del credito. In tale ottica, il FMI «è un prestatore che deve ricevere rassicurazioni sul fatto che sarà ripagato, e questo richiede l'apposizione di condizioni ai prestiti», quindi la condizionalità «serve a dare le garanzie che il paese sarà capace di aggiustare i suoi squilibri macroeconomici e strutturali, e sarà in condizioni di ripagare il prestito»: M.S. Khan, S. Sharma, *IMF conditionality and country ownership of programs*, IMF Institute, 2001, 3, 6. Cfr. A. Dreher, *IMF Conditionality: Theory and Evidence*, in *Pub. Choice*, 141(1/2), 2009, 236-237; J. Sachs, *Conditionality, debt relief, and the developing country debt crisis*, in J. Sachs (a cura di), *Developing country debt and economic performance*, vol. 1, Chicago, 1989; I. Diwan - D. Rodrik, *Debt reduction, adjustment lending, and burden sharing*, NBER Working Paper 4007, 1992; M. Fafchamps, *Sovereign debt, structural adjustment, and conditionality*, in *Jour. of Dev. Econ.*, 50, 1996, 313-335. Tale garanzia avrebbe un riflesso anche sull'insieme dei creditori: R. Leckow, *Conditionality in the International Monetary Fund*, 7/5/2002, in *https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/leckow.pdf*, p. 6. Tale argomento è presentato anche in forma diversa, come modalità per amplificare l'impatto dei fondi razionandoli dove trovano un ambiente più favorevole: R. Gulhati, *6. Responses by Representatives from the IMF and the World Bank*, in K.J. Havnevik (a cura di), *The IMF and the World Bank in Africa. Conditionality, Impact and Alternatives*, Seminar Proceedings No 18, Uppsala, 1987, 90-91. Per quanto riguarda le condizionalità nel contesto eurounitario (cfr. §2.3): G.L. Tosato, *Il salvataggio della Grecia rispetta i trattati?*, in *AffarInternazionali.it*, 21/5/2010, in *https://www.affarinternazionali.it/archivio-affarinternazionali/2010/05/il-salvataggio-della-grecia-rispetta-i-trattati/*; E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, 8 ss.

[4] L.M. Goreux, *6. Responses by Representatives from the IMF and the World Bank*, in Havnevik (a cura di), *The IMF and the World Bank in Africa*, cit., pp. 85-86. Cfr. E. Dorrucci, voce *FMI (Fondo Monetario Internazionale)*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, in *https://www.treccani.it/enciclopedia/fmi_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/*.

[5] I. Bantekas, *The Right to Unilateral Repudiation of Odious, Illegal, and Illegitimate Sovereign Debt as a Human Rights Defence*, in I. Bantekas, C. Lumina (a cura di), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford, 2018, 536-538; M.E. Salomon, R. Howse, *Odious Debt, Adverse Creditors, and the Democratic Ideal*, in I. Bantekas, C. Lumina (a cura di), *Sovereign Debt and Human Rights*, cit., 436 ss.

trattative sui finanziamenti: dove l'ente pubblico si trova in condizione di impellente necessità economica, le parti non sono pari e ciò inevitabilmente incide sulla corretta formazione del consenso.

Il tema si collega al ruolo del sapere tecnico economico-finanziario nella formulazione delle politiche nazionali. Infatti, le condizionalità realizzano delle tensioni con i diritti – di cui quelle esposte finora – che derivano dalla fiducia in tesi scientifiche che sostengono l'opportunità di determinate misure per la crescita[6]. Tale circostanza rientra nel più ampio interrogativo di come i saperi esperti influenzino la politica nazionale, facendo rientrare nella decisione pubblica fonti di legittimazione che nascono dall'esterno del circuito rappresentativo, peraltro laddove proprio il metodo scientifico prevede la perenne contestabilità delle tesi, laddove si forniscano dati contrari[7].

In effetti, negli Stati federali le condizionalità di spesa sono state riconosciute come veri e propri strumenti di governo, alternativi al tradizionale vincolo giuridico assistito da sanzione, utili soprattutto in ambiti dove non vi è competenza federale a intervenire in quest'ultima direzione[8]. È il caso di condizionalità che sono diverse da quelle tecniche, strettamente necessarie per assicurare l'attuazione, il monitoraggio e la rendicontazione della spesa, oppure ad assicurare la *compliance* con diversi obiettivi sovraordinati[9]. Come è stato notato in quel contesto, il buon esito del cd. *conditional spending* – specie quando applicato a economie complesse come quelle degli Stati, invece che a soggetti privati – può dipendere da diversi fattori, inclusa la presenza di un terreno favorevole, caratterizzato da coesione politica e la partecipazione pubblica[10]. In effetti, il dispositivo funziona come elemento disciplinare per facilitare alcuni accordi tra Stati, anche se di fatto la schietta esecuzione della condizione – e dunque il taglio dei fondi in caso di inadempimento della condizionalità – si presenta sempre come una condizione limite raramente implementata, per le difficoltà che può creare agli Stati e alla loro autonomia[11].

Tali strumenti non sono nuovi nell'UE, che li ha applicati in diversi programmi di finanziamento, specie dopo la crisi del 2008[12]; anche qui, esse hanno registrato un certo livello di adeguamento alle regole, pur restando rara la sanzione del taglio dei fondi agli Stati[13]. Più rilevante – nella stessa fase – è stato il tentativo di condizionare attraverso il medesimo strumento la permanenza stessa nell'UE, con tutti i suoi vantaggi, e la concessione di aiuti

---

[6] Nel contesto dell'Unione Europea, tali tesi sono state tradotte nella teoria dell' 'austerità espansiva': A.F. Alesina, S. Ardagna, *Large Changes in Fiscal Policy: Taxes Versus Spending*, Working Paper 15438, NBER Working Paper Series, in *http://www.nber.org/papers/w15438*, 15.

[7] Sull'argomento qui discusso, si veda, ad esempio: T. Herndon, M.A.R. Pollin, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, in *Cambridge Journ. of Econ.*, 38(2), 2014.

[8] «Invece di emanare norme giuridiche tradizionali sostenute da sanzioni, un governo può ritenere più appropriato governare con mezzi economici e perseguire un determinato obiettivo politico concedendo risorse finanziarie con condizioni politiche annesse, sotto la minaccia di ritirare i finanziamenti in caso di mancato rispetto di tali condizioni»: T. Daintith, *The Techniques of Government*, in J.L. Jowell, D. Oliver (a cura di), *The Changing Constitution*, Oxford – New York, 1994, 209-236.

[9] V. Vita, *The rise of spending conditionality in the EU : what can EU learn from the U.S. conditional spending doctrine and policies?*, in *EUI LAW*, 16, 2017, in https://hdl.handle.net/1814/48644, 3-4.

[10] P.L. Posner, *Mandates: The Politics of Coercive Federalism*, in in T.J. Conlan, P.L. Posner (a cura di), *Intergovernmental Management for the 21st Century*, Washington, 2008, 299.

[11] S.R. Bagenstos, *Spending Clause Litigation in the Roberts Court*, Duke Law Journal, 58, 2008, 409. In senso critic sul punto: E. Pasachoff, *Agency enforcement of spending clause statutes: a defense of the funding cut-off*, in *Yale Law Journal*, 124, 2014, 253.

[12] F. Barca, *An agenda for a reformed cohesion policy. a place-based approach to meeting european union challenges and expectations*, Independent Report prepared at the request of Danuta Hübner, Commissioner for Regional Policy, 2009.

[13] V. Vita, *The rise of spending conditionality in the EU*, cit., 21.

nelle fasi più dure della crisi. Com'è noto, infatti, la repressione ha spinto l'Unione a inasprire l'applicazione dei parametri di bilancio previsti dai Trattati e prevederli come condizione per la concessione degli aiuti agli Stati.
Ebbene, la legittimità di tale modalità di intervento – all'interno e all'esterno dell'UE – è stata contestata in diversi casi, dove le condizionalità sono risultate limitative dei diritti fondamentali e inefficaci per l'emancipazione economica dello Stato. Secondo le tesi sostenitrici di tali condizionalità, tali misure risultano inefficaci in quanto non correttamente seguite dallo Stato debitore[14], dunque la soluzione al problema starebbe nell'ulteriore irrigidimento delle condizionalità e dei relativi controlli. In altri casi, sono stati proposti degli aggiustamenti per introdurre elementi di flessibilità capaci di adattare meglio le riforme proposte al contesto di destinazione[15]. Tuttavia, non mancano posizioni più critiche, secondo cui la «cura» del rigore finanziario sia *tout court* inadatta allo scopo. Infatti, è stato altresì studiato come la limitazione della spesa pubblica possa avere effetti negativi sulla crescita economica e sulla stessa struttura amministrativa, che invece sarebbe necessaria ai fini di un uso efficiente dei finanziamenti.
Come si vede, le condizionalità sono di per sé astrattamente legittime, ma pongono questioni tuttora aperte circa la loro efficacia e la loro coerenza con la decisionalità democratica, garantita nel nostro ordinamento dalla forma parlamentare. Tali domande saranno affrontate in questo articolo con specifico riferimento al contesto eurounitario e ai rimedi post-pandemici.
Il riferimento è in primo luogo al *NGEU*, che interroga il diritto costituzionale in quanto rappresenta uno sforzo probabilmente inedito dell'Unione[16], verso condizionalità legate a politiche pubbliche ambientali e sociali, oltre che all'automatismo dei parametri quantitativi di spesa. Dichiaratamente, l'UE ha inteso allentare il rigore di bilancio per consentire agli Stati di «spendere più», con il fine di «spendere meglio»[17].
Il banco di prova di questa evoluzione è l'ordinamento interno italiano, dove sono verificabili gli effetti concreti di queste nuove condizionalità, alla luce dei criteri di autodeterminazione democratica sopra descritti. Di conseguenza, si vuole osservare come il *DRR* abbia influenzato l'equilibrio tra i poteri e le dinamiche della rappresentanza.
L'esame parte dal recepimento delle politiche austeritarie successive al 2008 e dai loro effetti sulla crisi della rappresentanza. Infatti, si ritiene che tale analisi possa aiutare a comprendere le ragioni delle novità attuali, giacché queste ultime sono in parte concepite anche a partire dagli effetti polarizzanti e conflittuali generati in precedenza dal rigore finanziario. Oggi si pone l'interrogativo se e perché, in questo caso, le condizionalità – basate su obiettivi di *policy* oltre che di equilibrio finanziario – abbiano potuto evitare tali effetti deflagranti e siano

[14] D. Dollar, J. Svensson, *What explains the success or failure of structural adjustment programmes?*, in *Econ. Jour.*, vol. 110/2000, 901 ss.; S. Haggard, *The Politics of Adjustment - Lessons from the Imfs Extended Fund Facility*, in *Int. Org.*, 39(3), 1985, 509 ss.; A. Ivanova, W. Mayer, A. Mourmouras, G. Anayiotos, *What determines the success or failure of fund-supported programs*, Paper presented at the Second Annual IMF Research Conference, 29-30/11/2001, in *https://www.academia.edu/en/54348835/What_Determines_the_Success_or_Failure_of_Fund_Supported_Programs*, 430.
[15] Per un esempio, si veda: G.R. Montinola, *When Does Aid Conditionality Work?*, in *St. Comp. Int. Dev.*, 45, 2010, 378 ss.
[16] A. Patroni Griffi, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza e il regionalismo differenziato nella dimensione della coesione territoriale*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 1, 2022, 34.
[17] Per tali ragioni, simili misure sono state definite come «incentivi» – cioè «extrinsic benefits deliberately designed to alter behaviour» (secondo la definizione ripresa da: R.W Grant, *Strings Attached: Untangling the Ethics of Incentives*, New York - Princeton, 2012, 32), piuttosto che condizionalità: A. Biondi, The *Recovery and Resilience Facility and National Political Dynamics: A midsummer night(mare)?*, in *Federalismi.it*, 22, 2022, vii. Cfr. F. Landini, A. Ferrannini, *Politiche e investimenti per l'inclusione e la coesione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: analisi critica dell'approccio, degli obiettivi e delle strategie d'intervento*, in *L'industria*, 3, 2022, 3.

servite invece come strumento di apprendimento e dialogo tra lo Stato membro[18].
In secondo luogo, si osserverà l'impatto di tali misure sul rapporto tra gli organi di governo nell'ordinamento italiano. L'emergenza pandemica, come spesso avviene, ha richiesto risposte rapide e dunque ha rafforzato il Governo e il Presidente del Consiglio, con una conseguente riduzione del pluralismo nelle decisioni pubbliche. Dall'altra parte, la costruzione e attuazione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* ha il potenziale di riattivare il circuito rappresentativo alla radice, costruendo una rinnovata coesione sociale alla base del rito elettorale. Se le forze politiche sono state percepite – attraverso le crisi – come instabili e incapaci di affrontare le disuguaglianze, il *PNRR* promette politiche lungimiranti e misurabili in base alle evidenze. Così, la previsione di obiettivi concreti e misurabili[19], legati alla realizzazione dei diritti, può fungere da collante sociale e rilanciare la partecipazione politica in un'epoca più che mai segnata dall'instabilità.
Considerate tali questioni, si provvederà a identificare quali spazi partecipativi apra il *DRR* e dunque se e come le nuove condizionalità salvaguardino l'autodeterminazione democratica e in che modo esse possano essere arricchite *de iure condendo*.

***2. Condizionalità finanziarie e crisi della rappresentanza: dall'austerità al* Next Generation EU.** Per procedere all'analisi costituzionalistica, come sopra anticipata, si proverà a tratteggiare le novità di rilievo del *NGEU*, rilevandone gli elementi che – ad avviso di chi scrive – hanno maggiormente influito sulle forme decisionali parlamentari.
Chi scrive è consapevole di quanto poco scontata sia la scelta di trattare il *NGEU* nel quadro descritto in Introduzione, allorché una parte della dottrina rileva delle cesure tra il nuovo meccanismo e le condizionalità tipicamente austeritarie[20]. Qui si ritiene che tali novità non comportino un abbandono della precedente *governance* finanziaria, ma una sua integrazione con correttivi destinati a ricostruire la coesione e, corrispondentemente, la fiducia nelle istituzioni eurounitarie. Tali elementi di continuità sono visibili non solo nella permanenza di alcune regole rigoristiche – come il «freno d'emergenza», per sospendere l'erogazione in caso di gravi scostamenti dai pertinenti traguardi e obiettivi di bilancio – ma anche nella genesi storica del dispositivo, di cui si riprenderanno sinteticamente alcuni snodi.
Il primo evento rintracciabile nella genesi del NGEU è probabilmente la polarizzazione dei primi anni '10 del 2000, che ha portato all'ascesa di forze populiste e antisistema nelle elezioni italiane del 2018 ed europee del 2019[21]. Da un lato, le rivendicazioni antiausteritarie hanno difeso i diritti sociali come argine agli interessi economici legati al credito[22]. Dall'altra parte,

[18] Come studiato da una certa scienza politica, l'attuazione di determinate politiche pubbliche può avere capacità trasformative sul tessuto sociale e contribuire ad alimentare una coesione politica a fronte delle pressioni esercitate dai dai gruppi di interessi e anche di adattarsi al mutare delle circostanze: J.S. Hacker, *Medicare Expansion as a Path as well as a Destination: Achieving Universal Insurance through a New Politics of Medicare*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 685(1), 2019, cit., in M. Moschella, L. Verzichelli, *Il sistema politico italiano alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3, 2021, 343.
[19] D. De Lungo, *L'eredità costituzionale di* Next Generation EU *e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 75.
[20] Tale regola, come è noto, è sancita nei Trattati e resa operativa dal patto di stabilità e crescita (PSC), che ha determinato le condizioni per l'Unione Economica e Monetaria e al contempo ha definito un indirizzo politico per tale Unione. Nella stessa direzione sono andate le misure utilizzate come reazione alla crisi del 2008: l'Unione Europea ha riformato i parametri del PSC, al fine di contenere l'indebitamento, e ha creato meccanismi di supporto – quali il MES – basati su regimi di condizionalità: L. Patruno, *La "teologia economica" dell'Europa e il "banco da macellaio" (Schlachtbank) della Storia*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2011, 8.
[21] Ad esempio, per uno studio sul caso spagnolo, cfr. J. Miró, *Abolishing politics in the shadow of austerity?, Assessing the (De)politicization of budgetary policy in crisis-ridden Spain (2008–2015)*, in *Policy Studies*, 2019, 13 ss.
[22] O. Chessa, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bil., com., pers.*, 1, 2021, 98-99. Per uno studio sui tagli ai servizi sociali seguiti alla crisi del 2008: E. Clancy, *Discipline and*

ha prevalso l'idea dell'UE di risolvere la crisi con una *spending review* – come se quest'ultima fosse stata causata dagli eccessi di spesa dei Paesi più fragili – e tale approccio ha alimentato in diversi luoghi d'Europa nazionalismi ed egoismi territoriali[23], con una critica all'UE stessa basata sull'inopportunità di una solidarietà internazionale vissuta come un'imposizione[24].
Da entrambi i lati, l'espressione conflittuale del malcontento ha teso a riaffermare la decisionalità politica di fronte al fatto che alcune scelte, profondamente impattanti sulla società, venivano presentate come necessità tecnico-finanziaria per uscire dalla crisi[25] nonostante fossero le stesse rigidità della *governance* economica eurounitaria a rendere più difficile la reazione. Nel caso estremo della Grecia, la veste tecnica delle condizionalità MES ha fatto sì che l'UE andasse in direzione esattamente opposta al voto referendario[26].
Dunque, la percepita mancanza di ascolto delle istituzioni eurounitarie è stata uno degli elementi portanti della conflittualità sociale e dunque e dell'ascesa dei populismi che ha preoccupato le forze liberali nel 2018/2019.
Un secondo evento, parallelo al primo, che ha tracciato la genesi del *NGEU* è stata la crescente emersione nella società e nelle negoziazioni sul bilancio UE di alcune questioni «epocali», sempre più ineludibili. Il riferimento è in particolare alla duplice transizione, *green* e digitale, per le quali soprattutto gli Stati «frugali» richiedevano investimenti pubblici nei

Punish. End of the road for the EU's Stability and Growth Pact?, commissionato da M. Schirdewan, febbraio 2020, in *https://emmaclancy.files.wordpress.com/2020/02/discipline-and-punish-eu-stability-and-growth-pact.pdf*, 6. La conflittualità di tale movimento è stata aggravate dall'impressione che la popolazione stesse pagando una crisi generata dai modelli di profitto dell'alta finanza: H. Macartney, *The Debt Crisis and European Democratic Legitimacy*, Basingstoke, 2013, 58-60.
Questo è il caso degli Indignados in Spagna e del noto referendum Greco: S. Walter, E. Dinas, I. Jurado, N. Konstantinidis, *Noncooperation by Popular Vote: Expectations, Foreign Intervention, and the Vote in the 2015 Greek Bailout Referendum*, in *Int. Org.*, 72(4), 2018, 977 ss.; A. Arampatzi, *Constructing solidarity as resistive and creative agency in austerity Greece*, in *Comp. Eur. Pol.*, 2016, 1476-1485.
[23] C. De Fiores, *"Remettre les Régions a leur place". Dall'Europa delle Regioni alle Regioni senza Europa?*, in *Ist. del fed.*, 1, 2013, 57 ss.
[24] F. Steinberg, M. Vermeiren, *Germany's Institutional Power and the EMU Regime after the Crisis: Towards a Germanized Euro Area?*, in *JCMS*, 54(2), 2005, 393. Cfr., sulla Germania: Pewresearch Global Attitudes Project, *The New Sick Man of Europe: the European Union*, 13/5/2013, in *http://www.pewglobal.org/2013/05/13/the-new-sick-man-of-europe-the-european-union/*; R. Buergin, *Most Germans Reject Ceding Sovereignty to EU, Stern Poll Shows*, in *Bloomberg.com*, 4/7/2012, *http://www.bloomberg.com/news/2012-07-04/mostgermans-reject-ceding-sovereignty-to-eu-stern-poll-shows.html*; J. Paulick, *German Euro-Skeptic Party Gaining Ground*, *SpiegelOnline International*, 7/5/2013, in *http://www.spiegel.de/international/germany/new-party-alternative-forgermany-draws-new-members-away-from-rivals-a-898524.html*. Si veda in tal senso la questione di legittimità che ha portato il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco a riaffermare un controllo parlamentare sul bilancio, che fosse effettivo – non una delega in bianco – e informato, 2 BvR 1390/12, 12/9/2012, in *https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012en.html*, §§105-113. La sentenza sul punto si pone in continuità con quanto già stabilito in tema di FESF e aiuti alla Grecia: Tribunale Costituzionale Federale Tedesco, 2 BvR 987/10, 7/9/2011, in *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/09/rs20110907_2bvr098710en.html*.
Cfr. A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *Federalismi.it*, 18, 2012, 4-5.
[25] Ad esempio, nel documento dell'Eurosummit, l'allentamento delle misure di austerità è stato descritto come un rischio per la sostenibilità del debito; viceversa, il rapporto della Commissione di Verità sul Debito istituita dal Parlamento greco ha sottolineato che in realtà le condizionalità stesse avevano aggravato la recessione e la disoccupazione , impedendo alla Grecia di riprendersi dalla crisi e dai suoi effetti sociali: Truth Committee on Public Debt, *Preliminary Report*, 2015, in *https://www.cadtm.org/Preliminary-Report-of-the-Truth*, 33-34. Cfr. S. Gechert, A. Rannenberg, *The costs of Greece's fiscal consolidation*, 18/6/2015, in *https://www.boeckler.de/pdf/p_imk_pb_1_2015.pdf*.
[26] *Euro Summit Statement*, SN 4070/15, 12/7/2015, in *https://www.consilium.europa.eu/media/20353/20150712-eurosummit-statement-greece.pdf*; D. Nichols, *Knife at its throat, Greece accepts brutal bailout*, in *GreenLeft.org.au*, 16/7/2015, in *https://www.greenleft.org.au/content/knife-its-throat-greece-accepts-brutal-bailout*.

corrispondenti settori dell'economia, che inevitabilmente si trovavano in tensione con i vincoli alla spesa[27]. Di qui la riemersione nell'economia *mainstream* di teorie secondo cui lo Stato debba farsi partner di investimenti virtuosi pubblici e privati[28], per una maggiore coesione sociale e per la crescita sostenibile.

Nonostante questa crescente sensibilità politica, la transizione *green* e digitale era in uno stallo politico prima della pandemia, in quanto avrebbe richiesto la sottrazione di fondi ad altre priorità già finanziate. «Senza il *NGEU*, che fornisce nuovi fondi che possono essere utilizzati per la trasformazione verde e digitale, il QFP sarebbe stato un campo di battaglia centrale per stabilire quanto del bilancio debba essere destinato a politiche tradizionali come la politica agricola comune e quanto a nuove politiche di trasformazione come la politica climatica»[29]. Dunque, il *NGEU* è intervenuto come elemento propulsore di politiche rispetto alle quali l'austerità da tempo «stava stretta».

Non da ultimo, in questo quadro, il contesto pandemico ha esacerbato gli effetti delle carenze che l'austerità aveva determinato sui servizi sociali. La stessa Commissione europea ha riscontrato che, all'inizio del 2020, il Covid-19 interveniva in un contesto di già avanzata fragilità, in particolare dei sistemi sanitari[30].

In conseguenza di questi cambiamenti, l'Unione Europea ha intrapreso un percorso assimilabile alla mutualizzazione del debito degli Stati. Alcune voci sono arrivate a parlare di un momento «hamiltoniano», comparabile all'accordo con cui il governo federale ha creato il primo *stock* di debito pubblico degli Stati Uniti[31].

Alla luce di questi elementi, è evidente come il *NGEU* mirasse a rispondere, oltre che alla pandemia, a precedenti stress politici causati dall'austerità. Proprio su questi ultimi temi si sofferma il presente contributo, analizzando gli effetti del dispositivo sulla rappresentanza e sulla fiducia nella stessa. Ci si domanda, dunque, se tale nuova impostazione risponda ai precedenti dubbi sul deficit democratico dell'UE e se essa sia capace di rispondere ai populismi con una tutela effettiva dei diritti politici e sociali. Si può anticipare sin d'ora che la risposta a tale interrogativo è necessariamente non binaria, se è vero che il *NGEU* è da questo punto di vista ambivalente: esso non abbandona, ma rilegge, il meccanismo della condizionalità che è stato alla causa degli squilibri.

Tale ricostruzione vale a spiegare come, in seguito alla pandemia, si poneva una questione di consenso e stabilità democratica, oltre che economica: il disagio sociale rischiava di generare euroscetticismi e prese di posizione antisistema della politica, simili o persino ulteriori rispetto a quelli successivi alla crisi del 2008[32]. Di conseguenza – come è stato efficacemente

---

[27] Tali priorità erano già presenti negli indirizzi politici della Commissione: cfr. gli *Orientamenti per la Commissione* di Ursula Von der Leyen del 2019.

[28] M. Mazzucato, *Non sprechiamo questa crisi*, Roma – Bari, 2020, 6-9, 25-28.

[29] C. de la Porte, M.D. Jensen, *The next generation EU: An analysis of the dimensions of conflict behind the deal*, in *Social Policy & Administration*, 55, 2021, 397.

[30] Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al consiglio, alla Banca Centrale Europea, al comitato economico e Sociale Europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca Europea per gli investimenti, Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021, COM(2020) 575 final, Bruxelles, 17/9/2020. Secondo la Commissione, tali obiettivi necessitano di un investimento pari ad almeno 1.200 miliardi: Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(200) 442 final, Bruxelles 27/5/2020.

[31] Per un dibattito tra diverse opinioni, cfr. AA.VV., *Did Europe Just Experience Its "Hamiltonian Moment"? A Symposium of views*, in *International Economy*, Summer 2020, in part. i contributi di O. Issing, J.F. Kirkegaard, M. Hüther e M. Emerson.

[32] Ladi e Tsarouhas hanno esplicitamente tematizzato il NGEU come opportunità di un apprendimento dalla recente esperienza post-2008: S. Ladi, D. Tsarouhas, *EU economic governance and Covid-19: policy learning and windows of opportunity,* in *Jour. of Eur. Integ.*, 42(8), 2020, 1045.

sostenuto – «*Next generation EU* e l'*European Recovery Fund* possono essere letti come le grandi risposte che la UE ha dato in reazione ai populismi. Essi sono sicuramente strumenti con cui la UE rilancia il *federalizing process* e immette una sorta di potere di spesa (spending power) di tipo federale o parafederale con cui realizzare la sua visione di società, ma sono anche qualcosa di più: una risposta alla Brexit e ai populismi e a quel malcontento basato sull'idea 'la UE affama il popolo' che serpeggiava in molti paesi»[33].
Come sottolinea la medesima Autrice, questo nodo evidenzia una connessione tra il *NGEU* e la forma di governo. Nei due paragrafi che seguono, ci si soffermerà sul medesimo tema concentrandosi sull'ordinamento interno e rispettivamente su due questioni: dapprima, il rapporto tra organi dello Stato, in seguito il rapporto rappresentante-rappresentato, con l'*empowerment* sociale e democratico del secondo.

3. Gli effetti del* Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza *sull'equilibrio tra poteri. Dal punto di vista del diritto interno, il *PNRR* – attuativo del *NGEU* – si pone ancora nel solco delle condizionalità eurounitarie, con alcuni punti di innovazione. La questione è dunque se tali punti siano in grado di porsi come elementi di rilancio della rappresentanza e dare una rinnovata legittimità al potere politico. In particolare, qui ci si propone di osservare se il Piano – con il suo nuovo modo di intendere i vincoli dei Trattati – abbia manifestato elementi di discontinuità rispetto alle condizionalità tipicamente austeritarie che hanno favorito la prevalenza dell'Esecutivo, e in talune fasi dell'Esecutivo «tecnico», in quanto perno dell'attuazione interna delle misure previste dall'UE[34].
Come è stato osservato, la natura giuridica del *PNRR* è in parte analoga ai *Programmi Nazionali di Riforma* (*PNR*)[35], anche per la sua capacità di attraversare diverse Legislature[36]: il *PNRR* determina una programmazione di spesa fino al 2026, sotto il monitoraggio regolare dell'UE. Una novità di assoluto rilievo consiste nel collegamento tra indirizzi politici «virtuosi» ed erogazione di finanziamenti: un piano di spesa «buona» si affianca a un programma di riduzione della spesa 'cattiva' che causa lo sforamento dei parametri di bilancio.
Ci si può domandare se l'elemento appena rilevato sia in grado di marcare una discontinuità rispetto alle tendenze accentratrici delle antiche condizionalità. Ciò consentirebbe altresì di effettuare una prima valutazione proiettabile su quello che potrebbe diventare stabilmente l'immediato futuro dell'UE, alla luce delle riforme in corso.
In merito, si può già anticipare che il *PNRR* non ha smentito la tendenza all'amplificazione dei poteri governativi e del Presidente del Consiglio. Al tempo stesso, sarebbe erroneo ritenere che tali effetti derivino interamente dall'influenza eurounitaria, giacché il *NGEU* non ha dettato rime completamente obbligate al Governo nazionale. Al contrario, proprio

[33] I. Ruggiu, *Le dinamiche della forma di governo nella repubblica italiana*, Relazione provvisoria al Convegno AIC 2023 *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea*, 27-28/10/2023, Brescia, in *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2023_Brescia/Ilenia_Ruggiu.pdf*, 14-15.
[34] I. Ruggiu, *Le dinamiche della forma di governo nella repubblica italiana*, cit., 18 ss.
[35] F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility*, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 33.
[36] A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery plan*, in *Pol. del dir.*, 2, 2022, 241-242. Il *PNRR* nel momento della redazione è espressione dei processi decisionali interni allo Stato, ma tale discrezionalità si esaurisce con l'approvazione del Piano stesso da parte dell'UE, con i meccanismi previsti dal *DRR*: «Fatto è che pare accettato che esso, condizionando alla propria osservanza, e all'osservanza dei procedimenti in esso contemplati con puntualità e precisione, la erogazione della gran mole di risorse rese disponibili, produce vincoli giuridici a carico dei soggetti pubblici operanti nell'ambito degli Stati membri, la cui inosservanza comporta una sanzione altamente afflittiva, la perdita dei fondi. E, se di indirizzo si può parlare, si tratta di un indirizzo cogente e tradotto in misure concrete già nella fonte che lo contiene»: S. Staiano, risposta in *Il PNRR… e poi?*, Forum de *La Rivista "Gruppo di Pisa"* a cura di T. Cerruti, 2, 2023, 233.

l'attuale Governo Meloni – con le dinamiche che si osserveranno – ha evidenziato i margini che il *DRR* ha lasciato alla politica.
Per tali ragioni, non si intende qui assumere una visione deterministica sugli effetti delle condizionalità nel diritto interno; eppure, ciò non impedisce di studiare i vincoli eurounitari come uno tra i fattori determinanti dei processi democratici negli ultimi anni, ivi inclusa la fase post-pandemica. Tale circostanza assume ancora maggiore rilievo in quanto l'attuazione del *PNRR* ha visto fin qui l'alternanza di Governi diversi, che hanno differentemente interpretato il proprio ruolo politico a fronte delle indicazioni tecnico-finanziarie dettate dall'UE per la ripresa economica. In tale quadro, le nuove condizionalità hanno avuto un peso, in quanto hanno ridotto gli automatismi tecnici, riducendo il potenziale eversivo della reazione a questi ultimi. Al tempo stesso, resta aperta la domanda se ciò si sia tradotto in una maggiore autodeterminazione democratica rispetto alle condizionalità eurounitarie.

3.1. **Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza *e Governo Draghi.*** In parziale analogia con la crisi del 2008 – la fase post-pandemica ha visto l'alternanza di un governo «tecnico» con una rivendicazione di centralità del volontarismo politico della maggioranza.
Mario Draghi ha definito il suo Governo come uno che «non ha bisogno di alcun aggettivo che lo definisca»; eppure sono numerosi gli elementi di continuità che esso presenta rispetto ai Governi tecnici[37]. Una simile natura emerge dalla ricostruzione del medesimo Capo dello Stato, che ha rilevato l'impossibilità di ricostituire un «governo a base politica», ma anche l'inopportunità di indire nuove elezioni, in un contesto di crisi economica e sociale ancora pendente, nonché di negoziazioni sull'approvazione e attuazione del *PNRR*[38]. Di conseguenza, la scelta è caduta su una persona di riconosciuta autorevolezza, derivante non da un *cursus honorum* partitico, ma dalla sua esperienza nelle istituzioni economiche internazionali. Del resto, pur con la presenza di Ministri «politici» all'interno del Governo, era chiaro che i ruoli chiave – soprattutto rispetto alla stesura e attuazione del Piano – sarebbero spettati alle figure «tecniche». Proprio questa legittimazione ha ricompattato un Parlamento che si presentava alle consultazioni privo di una maggioranza politica, trasformandolo in un organo capace di esprimere una maggioranza particolarmente ampia a sostegno dell'Esecutivo, che lasciava fuori un unico partito di opposizione e dunque conferiva un ampio margine di manovra all'Esecutivo[39].

---

[37] Valorizza gli elementi di continuità con gli altri Governi tecnici: N. Lupo, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Federalismi.it*, 8, 2021, 138 ss.
[38] S. Mattarella, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell'incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico*, in *Quirinale.it*, 2/2/2021, in *https://www.quirinale.it/elementi/51984*. Cfr. C. De Fiores, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 48; R. Manfrellotti, *Profili costituzionali del governo tecnico*, in *Forum di Quad. Cost.,* 2013, 7. Lo stesso Mario Draghi ha fatto riferimento all'Europa nel suo Discorso al Senato: M. Draghi, *Governo, il testo integrale del discorso di Mario Draghi al Senato*, 17/2/2021, in *https://www.repubblica.it/politica/2021/02/17/news/fiducia_governo_draghi_discorso_integrale-287965484/*. Cfr. A. Calvi, *È arrivato il salvatore della patria?*, in *Internazionale.it*, 10/2/2021, *https://www.internazionale.it/opinione/alessandro-calvi/2021/02/10/draghi-giornali-salvatore.*
[39] Ciò è stato evidente anche in fase di dimissioni, allorché l'Esecutivo – in virtù degli impegni presi con l'UE – ha potuto attribuirsi con propria circolare l'intera attuazione del *PNRR*, inclusi gli atti che non erano né urgenti né di ordinaria amministrazione: Presidente del Consiglio dei Ministri, Circolare del 21 luglio 2022, prot. USG0006090 P-1.1, in *https://drive.google.com/file/d/1D8jgGEv2glUSsGQODbmbOF1du_G-zm7N/view*. In tal modo, è stato osservato, «la presente crisi di Governo, forse, segnerà un nuovo benchmark nella definizione di «affari correnti». La situazione contingente, la direttiva del Presidente del Consiglio ed i moniti del Presidente della Repubblica portano infatti a ritenere che il Governo Draghi, seppur dimissionario, avrà un margine di azione molto ampio, forse più di tutti i Governi che lo hanno preceduto. Con riferimento al *PNRR*, in particolare, i vincoli assunti con l'Unione europea imporranno all'esecutivo di proseguire nell'attuazione del

Naturalmente, ciò non ha impedito al Governo di prendere decisioni pienamente 'politiche', sostenuto da tale nuova maggioranza, così come i precedenti Governi tecnici.
In reazione a tale Esecutivo, la futura maggioranza ha fatto leva sul suo ruolo di unica forza di opposizione e ha inteso riaffermare il primato della politica, rivendicando – in linea di principio, più che su particolari questioni – la propria autonomia nell'interpretazione e attuazione del *PNRR*[40]. Naturalmente, mentre si criticavano le basi tecnico-politiche del Governo Draghi, non se ne invertivano le tendenze accentratrici: al contrario, il Governo Meloni ha proposto di revisionare in senso presidenzialistico la forma di Governo e, di lì a poco, avrebbe ulteriormente mutato nella medesima direzione la *governance* del *PNRR*.
Tuttavia, sembra rilevante il dato politico di «reazione» al Governo tecnico e alle «larghe intese» attuative delle condizionalità eurounitarie, assimilabile a quello che ha portato alla vittoria delle forze populiste nella XVIII Legislatura.
Accanto a tali elementi, vi sono stati punti di discontinuità con il decennio precedente, dovuti principalmente al nuovo approccio del *NGEU*, che ha integrato l'automatismo dei parametri numerici di bilancio con incentivi co-disegnati con il governo nazionale, entro un quadro vincolante di priorità ecologiche e sociali. Questa maggiore flessibilità ha ottenuto comunque l'effetto di indirizzare le politiche nazionali secondo gli obiettivi europei, ma ha ampiamente neutralizzato la possibile conflittualità successiva.
Da un lato, il discorso tecnocratico dell'UE ha lasciato spazio a un linguaggio diverso, più attento al bilanciamento tra i parametri di bilancio e le necessità delle politiche pubbliche. Questa è probabilmente una delle ragioni della composizione del Governo Draghi, che vede la presenza di Ministri «politici» accanto a ministri «tecnici»[41], nonché riceve la missione più politica di declinare gli obiettivi del *NGEU* in un *Piano nazionale*[42]. Dall'altro lato, e corrispondentemente, gli incentivi del *NGEU* hanno limitato il disagio sociale che era stato alla base delle precedenti mobilitazioni. Non a caso, il Governo Meloni non ha presentato i medesimi accenti euroscettici della campagna elettorale precedente alla XVIII Legislatura e ha dichiarato la propria intenzione di attuare il *PNRR*[43]. Del resto, la presenza di risorse, ulteriori rispetto a quelle ordinarie, rendeva semplice per il nuovo Governo continuare a perseguire le priorità accanto all'attuazione del PNRR, che invece era tra le principali ragioni d'essere del governo precedente.
Queste circostanze hanno mutato il dibattito politico, ma non hanno invertito le tensioni centripete nella forma di Governo, che sono rimaste trasversalmente alle legislature che si sono occupate della sua implementazione.
In tal senso, la genesi del *PNRR* – affidata alle competenze tecniche e rapidità decisionale

Piano. Tutto questo in presenza di un Parlamento sciolto. Sotto un certo profilo, quindi, il Governo avrà più libertà di azione di prima»: L. Cuocolo, *Cosa comprendono gli "affari correnti" di un governo dimissionario*, in *LaVoce.info*, 22/7/2022, in *https://www.lavoce.info/archives/96347/cosa-comprendono-gli-affari-correnti-di-un-governo-dimissionario/*.

[40] L. Misculin, *Il PNRR si può cambiare?*, in *Ilpost.it*, 17/9/2022, in *https://www.ilpost.it/2022/09/17/pnrr-meloni/*.

[41] Un governo che è stato definito «a cerchi concentrici, intorno al primo motore Presidente del Consiglio, in quello più stretto dei quali pulsa il cuore dell'attuazione del PNRR, e in quello più largo risiedono i terminali della mediazione con e tra i partiti, sospinti dalla loro ansia di "rispecchiamento" dei desideri e delle pulsioni del proprio elettorato, attuale o potenziale»: S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, vi.

[42] S. Talini, *La forma di governo alla prova delle trasformazioni della (classe) politica. Riflessioni a seguito della formazione del governo Draghi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 38. Tali misure puntavano ad affrontare dei nodi ampiamente riconosciuti come problemi chiave dell'economia italiana: Corte dei conti - Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2023 sul coordinamento della finanza pubblica*, 17/5/2023, 57 ss.

[43] L. Grossi, *Sei mesi di governo Meloni: cosa è stato già fatto e quali sono i progetti futuri*, in *IlGiornale.it*, 22/4/2023, in *https://www.ilgiornale.it/news/interni/sei-mesi-governo-meloni-cosa-stato-gi-fatto-e-quali-sono-i-2141223.html*.

dell'Esecutivo – non è venuta meno quando si è disegnata la *governance* del *Piano*[44], con il d.l. n. 77/2021. Infatti, il disegno complessivo è imperniato sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri[45], con un coinvolgimento delle Camere in funzione di controllo[46]. A parziale mitigazione di tale accentramento, si è previsto un Tavolo per la partecipazione degli *stakeholder* e della società civile, che tuttavia non ha potuto recuperare il terreno perso in termini di coinvolgimento del Parlamento. Infatti, è ben noto che la partecipazione degli interessi organizzati ha precisi fondamenti di indagine tecnica e formazione del consenso, ma non può sostituire i canali rappresentativi.

Tale sistema è stato ritenuto pienamente fisiologico da una parte della dottrina, mentre altra parte ha rilevato delle potenziali tensioni con la forma di Governo prevista in Costituzione. Tali preoccupazioni erano legate in particolare al fatto che la Cabina di regia si presentava come una modalità più rapida e informale con cui il Presidente del Consiglio poteva confrontarsi con i Ministri competenti, come una sorta di Consiglio di Gabinetto a geometria variabile[47]. In tale contesto, «il Presidente del Consiglio si trova [infatti] a operare come *trait d'union* tra le due *governance* – quella del *PNRR* e quella tradizionale prevista dalla nostra forma di governo»[48], con la conseguenza che la *governance* del *PNRR* – considerata la mole di risorse e la rilevanza dei suoi obiettivi – avesse potuto generare quasi una sostituzione di questi nuovi meccanismi centripeti all'ordinario funzionamento delle forme parlamentari.

Infine, sin dall'inizio dell'attuazione del Piano, il Governo Draghi ha fatto ampio uso della decretazione d'urgenza, seguita dalla decretazione delegata per la fase attuativa. A tali strumenti si è aggiunto l'uso dei meccanismi di superamento del dissenso in Parlamento, anche in questo caso ben noti all'ordinamento italiano, come la prassi dei maxiemendamenti e della questione di fiducia[49]. L'uso del decreto legge è stato previsto talvolta nel *Piano*, come

[44] G. De Minico, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 125 ss. In merito, «Un modello di cabina aperto a tutte le forze politiche parlamentari, quindi anche alle opposizioni, sarebbe stato un utile risultato strappato dai partiti al P.d.C. come ricompensa per l'essere stati emarginati dalla fase ideativa del piano, senza considerare che tale fisionomia avrebbe evitato che la torsione governo-centrica si trasmettesse anche al controllo sul *PNRR*».

[45] A quest'ultima, infatti, fanno riferimento la Cabina di Regia, la Segreteria Tecnica della Cabina di Regia, il Tavolo Permanente per il Partenariato Economico, Sociale e Territoriale, l'Unità per la Realizzazione e il Miglioramento dell'Efficacia e della Regolazione. Cfr. M. Trapani, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative,* in *RivistaAIC*, 4, 2021, 187.

[46] Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, *Il PNRR e le assemblee legislative*, Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022, 22.

[47] G. Menegus, *La* governance *del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quad. cost.*, 4, 2021, 945.

[48] A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery plan*, in *Politica del diritto*, 53, 2, 2022, 238. Tale disegno si poneva altresì in possibile tensione con il principio di collegialità del Governo: A. Sciortino, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?,* in *Federalismi.it*, 18, 2021, 256. Per un'interpretazione adeguatrice del dispositivo, si veda: F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, cit., 24. *Contra*, si è sottolineato che le scelte politiche più delicate – come l'esercizio dei poteri sostitutivi o per la procedura di superamento del dissenso (artt. 12 e 13) – continuano a essere rimesse al Consiglio dei ministri: G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2023, 216. Per una lettura che relativizza gli elementi di novità di tale disegno, evidenziandolo come la «rivelazione» di una verità costituzionale, che ha sempre visto la preminenza del Presidente del Consiglio nella formazione dell'indirizzo politico: A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, 19, 2022, 147 ss.

[49] Il governo Draghi ha posto la questione di fiducia in 55 occasioni (che risulta essere la media mensile più elevata tra tutti i Governi avuti in Italia). Inoltre, quanto alla produzione legislativa, essa – fatte salve le ratifiche dei trattati internazionali – è costituita prevalentemente da conversioni di decreti legge, che sono state 43 a fronte delle 21 leggi ordinarie e 10 leggi delega. Infine, l'80% delle leggi approvate sono di iniziativa governativa: Redazione di *OpenPolis.it*, *L'attività del governo Draghi in numeri*, *in OpenPolis.it*, 20/7/2022, in

avviene nel caso della semplificazione[50], probabilmente nell'intento di rassicurare l'UE circa i tempi di attuazione. Eppure, viene da sé che disporre l'attuazione del *PNRR* a colpi di decretazione d'urgenza, per un arco di anni, chiami in causa l'effettiva sussistenza delle condizioni di cui all'art. 77 Cost.

Il modello si giustifica in parte alla luce della peculiare condizione di crisi, ma in altra parte appare il frutto dell'impostazione stessa del *PNRR*, se è vero che la medesima tendenza è stata confermata e approfondita sotto la nuova legislatura, con la riforma della *governance* approvata sotto il Governo Meloni (d.l. n. 13/2023, conv. con l. n. 41/2023)[51]. Quest'ultima realizza un ulteriore incremento dei poteri della Presidenza del Consiglio[52], con il fine dichiarato di migliorare e rendere più efficiente l'attuazione del Piano.

Ampio dibattito è stato causato dalla scelta della l. n. 74/2023 di ridimensionare i controlli indipendenti, con l'esclusione del controllo concomitante della Corte dei conti – additato come eccessivamente bloccante[53] – e la proroga dello 'scudo erariale'[54]. Proprio quest'ultima misura è stata emblematica circa la continuità tra le due Legislature, in quanto il Governo Meloni ha prorogato quanto già prescritto sotto il Governo Draghi, pur in un disegno complessivo meno centralizzato di quello attuale.

Infine, il ridimensionamento degli apparati tecnici nella *governance* da parte del d.l. 13/2023 si è tradotto in un'ulteriore riduzione dei contrappesi alla maggioranza, specie se si considera che lo stesso Decreto ha ricondotto alla Presidenza del Consiglio anche la gestione delle politiche di coesione[55].

Il d.l. n. 77/2021 aveva previsto un Servizio centrale per il *PNRR* (art. 6), come entità in parziale dialettica e mitigazione dei poteri del Presidente del Consiglio, ancorché comunque destinato a implementare le medesime condizionalità eurounitarie. Non a caso, il medesimo servizio centrale incardinato presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentava altresì il punto di contatto nazionale per l'attuazione del *PNRR* ai sensi dell'art. 22, Regolamento (UE) 2021/241. Del resto, il consolidamento dell'asse Presidenza del Consiglio-MEF-organismi tecnici è stato facilitato dalla natura del Governo Draghi: esso era ben tagliato su un Governo che aveva posto delle figure «tecniche» alla Presidenza del Consiglio e all'economia e che trovava nell'attuazione *PNRR* tanto il collante interno quanto la fonte pressoché esclusiva di legittimazione politica[56].

In conclusione i *trend* fin qui descritti hanno fatto rilevare effetti accentratori del *NGEU* sulla forma di governo, in continuità con quanto accaduto nel decennio scorso. Questa conclusione rende ancora più urgente l'esigenza che le condizionalità garantiscano, in

https://www.openpolis.it/lattivita-del-governo-draghi-in-numeri/. Sulle tendenze già in atto, si veda: G. Di Cosimo, *Fonti normative del Governo: molti problemi e tre modi per affrontarli*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 3, 2016, 1.

[50] *PNRR*, 240.

[51] Consiglio dei Ministri, *Comunicato stampa*, n. 21, 16/2/2023, in *https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-21/21834*.

[52] Infatti, la riforma istituisce presso la Presidenza del Consiglio una nuova struttura di missione, sotto l'indirizzo del Ministro delegato, che assorbe in sé un insieme di funzioni prima distribuite tra un insieme di organi tecnici e politici: quella della Segreteria tecnica, del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale e di punto di contatto nazionale per l'attuazione del *PNRR*

[53] G. Colombo, *Fitto attacca la Corte dei Conti sul Pnrr: "Inaudita ingerenza. Così bloccano tutto"*, in *La Repubblica*, 8/5/2023.

[54] E. Longo, *Il PNRR… e poi?*, Forum de *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, cit., 243.

[55] D. De Lungo, *L'eredità costituzionale di* Next Generation EU *e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 76.

[56] Il fatto che «il focus della relativa azione governativa fosse pertanto orientato, per la gran parte del mandato, sull'attuazione degli interventi prefigurati nel Piano, con un'inevitabile valorizzazione del momento tecnico, non rappresentava il venir meno dell'attività di definizione dell'indirizzo politico-amministrativo in capo al Governo, ma semmai coerente attuazione dello stesso, per come delineato in precedenza con la scrittura e approvazione del Piano»: G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., 225.

compenso, benefici sociali ed ecologici per rilanciare nel lungo periodo e in termini sostanziali il ridotto pluralismo dei processi decisionali. Ad avviso di chi scrive, le novità introdotte hanno scongiurato gli effetti estremi che hanno avuto le misure austeritarie nel decennio precedente, ma non hanno impedito che la realizzazione degli obiettivi di coesione fosse rimessa alla volontà politica della maggioranza.

In radice, il *DRR*, pur richiedendo impegni determinati, è stato concepito come un cantiere aperto, gestito attraverso un dialogo continuo tra gli Stati e la Commissione, che peraltro è un organo eminentemente politico[57]: ai sensi del Regolamento, il *PNRR* può essere modificato nel caso in cui «il piano per la ripresa e la resilienza, compresi i pertinenti traguardi e obiettivi, non può più essere realizzato, in tutto o in parte» (art. 21). Ciò si è puntualmente verificato, in quanto il Governo Meloni ha chiesto e ottenuto la modifica dei piani a causa dei ritardi accumulati nella sua attuazione[58]. Né l'UE ha potuto obiettare rispetto alle modifiche della *governance* – inclusa la riduzione dei controlli indipendenti[59] – che hanno messo in forse l'esito finale[60], rendendolo più disponibile agli indirizzi politici della Presidente del Consiglio[61].

Fin qui l'Unione Europea ha pienamente legittimato l'operato del Governo Meloni[62], esprimendo una valutazione positiva sulle modifiche al *PNRR* proposte dal Governo italiano e sulla concessione della quarta rata di finanziamenti[63]. Infatti, l'aumento dei prezzi e dei tassi di interesse, dovuto alla guerra, legittimavano la revisione degli obiettivi[64]. Tuttavia, il peso delle scadenze continuerà a esercitare un'influenza significativa, se è vero che i rinvii stanno aggravando la mole di lavoro ancora da svolgere, in un quadro che già vedeva gli interventi

---

[57] Biondi sottolinea – prendendo a esempio gli accordi operative con la Grecia – che questi ultimi prevedono la necessità di scambi regolari sull'attuazione delle *milestones* o su potenziali difficoltà, che possono arrivare a potenziali aggiustamenti del *Piano*: A. Biondi, *The Recovery and Resilience Facility and National Political Dynamics*, cit., viii.

[58] In tal senso, si è verificato quanto già prospettato: «In sostanza, da qui al 2026, il programma dei governi avrà un contenuto parzialmente vincolato agli obiettivi e alle scadenze del *Next Generation UE*: ma l'indirizzo politico sarà quello risultante dalla libera interpretazione che, di volta in volta, di esso darà il presidente del consiglio in carica. La «sovranità elettorale» – sempre che non si esprima per una radicale modifica del *PNRR* e quindi dei contenuti del programma di governo – troverà così piena esplicazione nell'indirizzo politico del presidente del consiglio»: A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, 19, 2022, 151. Cfr. *OpenPolis.it*, *Come l'Ue verifica l'attuazione dei Pnrr negli stati membri*, 1/9/2022, in *https://www.openpolis.it/parole/come-lue-verifica-lattuazione-dei-pnrr-negli-stati-membri/*.

[59] Di fronte alle controversie dell'opinione pubblica, l'UE ha confermato la necessità di controlli efficaci sulla spesa, ma nella piena autonomia delle autorità italiane circa la garanzia sull'attuazione del *PNRR* approvato: E. Marro, *Pregiudizi non informati, non alimenti polemiche strumentali sui controlli della Corte dei Conti*, 2/6/2023, in *https://www.corriere.it/economia/finanza/23_giugno_02/pnrr-governo-ue-pregiudizi-controlli-corte-conti-7a878fea-016a-11ee-9a47-43166fb70f00.shtml*. Cfr. F. Basso, *Ue, Pnrr e Corte dei conti: ecco com'è nata la polemica, e che cosa hanno detto davvero i portavoce della Commissione*, 23/6/2023, in *https://www.corriere.it/economia/finanza/23_giugno_03/ue-pnrr-corte-conti-polemica-portavoce-commissione-2b9da8dc-01e8-11ee-9687-f6cb889dd928.shtml*.

[60] C. Pinelli, *Il PNRR… e poi?*, Forum de *La Rivista "Gruppo di Pisa"* a cura di T. Cerruti, 2, 2023, 215-216.

[61] A. Carapellucci, *Il Governo interviene sulla Corte dei conti: perché preoccuparsi (e per cosa)*, in *QuestioneGiustizia.it*, 14/06/2023.

[62] N. Lupo, *PNRR e cicli politico-elettorali, tra Unione europea e Stati membri*, in *Federalismi.it*, 28, 2023, iv-v.

[63] Ciò è stato visto come sintomatico di un dialogo tra il Governo e l'UE che, al netto dei profili tecnici del *DRR*, è rimasto profondamente politico, In tal senso, vi è stata la sensazione che l'Unione Europea possa aver concesso maggiori margini di flessibilità per superare l'opposizione del Governo Meloni su una serie di provvedimenti: la riforma del Meccanismo Europeo di Stabilità, la proroga delle concessioni balneari, la flat tax: Lapresse, *Pnrr, Meloni: "Sì a tagliando, valutare aggiustamenti come le nazioni serie"*, 13/9/2022, in *https://stream24.ilsole24ore.com/video/italia/pnrr-meloni-si-tagliando-valutare-aggiustamenti-come-nazioni-serie/AEgOS5zB*.

[64] Corte dei conti - Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2023 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 49-50.

più significativi concentrarsi tra il 2023 e il 2026.

3.2.* Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza *e Governo Meloni. Per le ragioni evidenziate, in dottrina si è discusso di un rapporto biunivoco tra le tendenze della forma di governo e l'attuazione italiana del *NGEU*[65], in quanto quest'ultimo ha accelerato tendenze centripete già in atto[66].

In particolare, le osservazioni svolte sembrano rivestire una certa rilevanza nel lungo periodo, se è vero che quello esaminato potrebbe diventare uno stabile «metodo di governo», alla luce dei suoi potenziali vantaggi dimostrati in corso di attuazione, ma anche delle nuove regole del *Patto di Stabilità*, che dichiaratamente puntano ad accompagnare i vincoli di bilancio con piani di *policy* dalla maggiore *ownership* statale.

Tra le tensioni impresse dal *NGEU*, alcune sono riferibili alle condizionalità in sé, e dunque paragonabili a quelle già verificatesi dopo la crisi del 2008; altre sono specifiche delle nuove condizionalità, che prevedono la spesa per il raggiungimento di obiettivi quantificabili nel breve termine.

Quanto al primo ordine di ragioni, esso può essere descritto brevemente, proprio in virtù della sua continuità con il contesto precedente. Basti rilevare che l'accentramento provocato dal Piano è insito nel modo in cui l'Unione Europea ha disegnato il *Dispositivo*, in quanto considera gli Stati come responsabili nell'attuazione dei *Piani*[67], e in particolare prevede un unico punto di contatto con ciascuno Stato. Sebbene l'UE avesse lasciato una discrezionalità sulla scelta del punto di contatto, la scelta del nostro ordinamento ha continuato a orientarsi verso l'attribuzione di tale potere all'Esecutivo. Soprattutto, l'intero percorso di attuazione del *PNRR* ha visto coerentemente prevalere il Presidente del Consiglio nei rapporti endogovernativi, con un ulteriore accentramento dei poteri[68].

Per altri versi, bisogna riconoscere che l'Unione Europea ha assorbito gran parte della fase cd. «teleologica» dell'indirizzo politico[69], riducendo comunque il margine di manovra del Parlamento. Come esplorato in dottrina, tale condizione pone sotto nuova luce anche l'utilizzo della decretazione d'urgenza, come sopra descritta. Infatti, come è stato scritto, «il decreto-legge [...] ha costituito finora la mossa di chiusura di una legislazione attuativa quasi vincolata, con un limitato supplemento di trattativa e azione parlamentare che si gioca nel perimetro ristretto degli emendamenti in sede di conversione»[70].

Il secondo ordine di ragioni è dovuto alle tempistiche serrate imposte dall'UE, alla luce delle quali non sorprende la concentrazione dei poteri. I tempi sono parte essenziali del *DRR*, in quanto l'investimento del *NGEU* avrebbe prodotto gli effetti di crescita sperati soltanto se speso con ritmi abbastanza rapidi da far ripartire l'economia. A queste condizioni, è chiaro l'intento del Governo italiano di evitare ritardi e difficoltà di assorbimento[71] come quelli che

---

[65] S. Staiano, *Il pnrr… e poi?*, Forum de *La Rivista "Gruppo di Pisa"* cit., 216.

[66] E. Longo, *Il pnrr… e poi?*, Forum de *La Rivista "Gruppo di Pisa"* cit., 2, 2023, 212; D. De Lungo, *L'eredità costituzionale di* Next Generation EU *e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 75; G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., 206..

[67] F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, cit., 21.

[68] A.M. Acierno, *La* governance *del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2023, 790.

[69] A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 252.

[70] D. De Lungo, *L'eredità costituzionale di* Next Generation EU *e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit. 74.

[71] «Il rigido *timeframe* previsto dal *PNRR* ha aiutato a superare i molteplici poteri di veto e a scoraggiare l'atavica tendenza a rinviare, spesso sine die, l'approvazione o comunque l'attuazione di interventi riformatori che l'Unione europea richiedeva da tempo (specie attraverso le *country specific recommendation* trasmesse nell'ambito del semestre europeo, che hanno peraltro registrato, in Italia come in molti altri Paesi, un seguito assai limitato).

talvolta caratterizzano l'implementazione italiana dei programmi eurounitari[72]. Peraltro, perdere le occasioni di crescita promesse dal finanziamento significa, nell'attuale contesto, esporsi a rischi non trascurabili, con il ritorno dei vincoli di stabilità e la necessità di restituire all'Unione Europea quanto dovuto[73]. Di fatto, il futuro equilibrio di bilancio del Paese si basa sulla promessa di una crescita che consentirà di ripagare quanto oggi sarebbe impossibile spendere[74].

Al di là di tali fattori, può essere utile interrogarsi sulla resa costituzionale, e dunque sulla replicabilità, dell'idea di normazione «pianificata», capace di vincolare – attraverso l'interazione con l'UE – la Legislatura a venire. A ciò si aggiunge l'idea del recupero dell'efficienza nelle politiche, come motore capace di favorire l'uguaglianza come premessa di una maggiore democrazia. In altri termini, sarà utile comprendere se gli effetti distorsivi fin qui discussi sono un effetto necessario delle condizionalità eurounitarie o se vi siano margini che consentano a tale «metodo di governo» di implementare efficacemente gli elementi sociali e di coesione contenuti nel Piano.

Sembra ampiamente riconosciuto che il *NGEU* abbia accresciuto il peso dei processi di negoziazione con l'UE, limitando di conseguenza la discrezionalità delle maggioranze politiche interne, nonché – secondo alcune voci – di un progressivo ingresso dell'UE nella forma di Governo. Infatti, se è vero che nel diritto interno una maggioranza resta libera di rovesciare gli indirizzi politici e i piani della precedente[75], è pur vero che – come si è dimostrato anche nei fatti con il Governo Meloni – l'impegno preso nella sede sovranazionale rende tale esito difficilmente pensabile da un punto di vista politico ed economico, in quanto significherebbe compromettere l'erogazione dei fondi del *NGEU*.

Diverse sono però le interpretazioni circa gli effetti di tale tendenza. Da un lato, vi è il timore che «il principio costituzionale di eguaglianza diventi un volano per l'ideale, alquanto ambiguo, ed in effetti vuoto, di un governo 'forte'» e dunque di tensioni autoritarie nel

---

L'auto-vincolo rappresentato dal *PNRR* ha funzionato decisamente meglio»: N. Lupo, *Il PNRR e i poteri dello Stato*, in *Astrid Rass.*, 12, 2022, 2. Sulla differenza tra la tradizionale condizionalità e le misure di incentivo previste dal *DRR*: A. Biondi, *The Recovery and Resilience Facility and National Political Dynamics*, cit., v ss.

[72] «I Paesi del sud e dell'est Europa saranno i maggiori beneficiari del supporto finanziario del *Dispositivo di Ripresa e Resilienza* e di *React-EU*, nonché del nuovo Quadro Finanziario pluriennale. Due rischi potrebbero ridurre l'impatto economico di questi strumenti: i) il tasso di assorbimento dei fondi di investimento strutturali europei, tradizionalmente basso e ii) la limitata capacità dei governi nazionali di incanalare somme molto elevate di investimenti pubblici»: C. Alcidi, D. Gros, F. Corti, *Who will really benefit from the Next Generation EU funds?*, CEPS paper, PI2020-25, ottobre 2020, 1.

[73] «Ne emerge un sistema di governo strutturato mediante un'articolazione organizzativa temporalmente derogatoria degli assetti tradizionali dei rapporti tra gli apparati, soprattutto per la presenza di un intreccio connettivo di istituzioni ed organi specificamente creati per la gestione del *PNRR*. Sembra potersi ritenere che questo sistema di governo sia stato progettato con la finalità di assicurare canali di trasmissione dedicati, al fine di far confluire i flussi decisionali ed informativi generati per l'attuazione del Piano lungo assi prioritari di collegamento tra le diverse strutture, verso la Presidenza del consiglio e la *RGS* e, da quest'ultima, da e verso la Commissione europea. Così arricchendo le strutture organizzative di circuiti decisionali di governo *ad hoc*, per interventi progettuali e decisionali più efficienti ed efficaci, in vista della pressante esigenza di agire nel rispetto di obiettivi e scadenze non derogabili, se non al costo della perdita dei finanziamenti erogati dall'UE»: F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, cit., 31.

[74] Promessa che è stata in altri casi definita «scommessa»: C. Mainardis, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 151.

[75] S. Civitarese Matteucci, *A further twist towards centralisation and uniformity. Governance and public sector reforms in the Italian Recovery and Resilience Plan*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, 24.

sistema[76]; inoltre, si paventa, a causa della crescente influenza esercitata dalle negoziazioni e dalle condizionalità internazionali ed eurounitarie, «un allentamento dei legami che intercorrono tra le classi di governo nazionali e le rispettive *constituencies* domestiche»[77]. Dall'altra parte, vi è chi manifesta la fiducia nell'apprendimento istituzionale che questo processo potrebbe essere capace di innescare, in vista di una più efficiente gestione delle finanze pubbliche[78]. Inoltre, si è osservato che una forte *leadership* governativa sarebbe servita a vincere le inefficienze organizzative che da tempo ostacolano l'assorbimento dei fondi eurounitari nel sistema italiano, nonché la resistenza degli interessi organizzati rispetto a riforme che sarebbero ormai necessarie[79].

Di fronte a una situazione tanto complessa, sembra di poter escludere la possibilità di una risposta binaria. Non sembra che le condizionalità si traducano immediatamente in una compromissione dei processi democratici, allorché gli indirizzi promossi dall'UE hanno mostrato talvolta di innescare apprendimenti virtuosi negli Stati, a beneficio della comunità politica nazionale. Al tempo stesso, affinché tale esito positivo si verifichi è necessario che tale finalità informi realmente le condizionalità stesse e la loro implementazione nazionale.

Se i profili attuativi saranno affrontati nel paragrafo seguente, si può premettere – circa la scrittura e *governance* del Piano – che il *NGEU* rappresenta un'occasione persa per la riaffermazione di un determinato tipo di condizionalità, quelle legate allo Stato di diritto. Queste ultime rappresentavano inizialmente un'esigenza connessa alla ripresa, ma sono state modificate nel corso della trattativa sotto le pressioni di alcuni Stati – come Polonia e Ungheria – che temevano di essere esclusi in ragione di tali regole[80]. Tale opposizione è stata superata con un chiarimento sul significato di tali garanzie, che le ha tenute ferme, ma con significativi compromessi sulla loro interpretazione[81]: il Consiglio ha stabilito che l'obiettivo di tale regola non fosse assicurare il processo democratico, bensì proteggere il bilancio dell'UE[82]. Viceversa, le vicende osservate avrebbero richiesto un'interpretazione delle condizionalità capace di salvaguardarne lo spirito, creando presidi a favore del coinvolgimento parlamentare e dei controlli indipendenti. Certamente tale opzione sembrerebbe porsi in tensione con il rispetto da parte dell'UE dei limiti della sovranità nazionale. Tuttavia, non sembra che tale intervento avrebbe una pregnanza maggiore delle condizionalità già presenti nel *PNRR*. Al contrario, è opinione di chi scrive che una simile attenzione sarebbe amplificativa dell'autodeterminazione democratica a livello nazionale, e dunque contribuirebbe a limitare quello «scollamento» rispetto all'elettorato rilevato dalla

---

[76] S. Niccolai, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, in *Rivista Aic*, 3, 2022, 233. Il fenomeno è stato osservato altresì nel rapporto con gli altri livelli di Governo: S. Civitarese Matteucci, *A further twist towards centralisation and uniformity*, cit., 28.

[77] S. Niccolai, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, cit., 232. Cfr. F. Salmoni, *Piano Marshall,* Recovery Fund *e il* containment *americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 77-78.

[78] N. Lupo, in V. Di Porto, F. Pammolli, A. Piana (a cura di), *Un metodo per le riforme: l'attualità della legge 421 del 1992*, Bologna, 2021, 81-83.

[79] F. Fabbrini, *Italy's national recovery and resilience plan: context, content and challenges*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 27(5), 2022, 669-670.

[80] Redazione di *France24.com* - News Wires, *European leaders face tough negotiations on recovery deal*, in *France24.com*, 17/7/2020, in *https://www.france24.com/en/20200717-european-leaders-face-tough-negotiations-on-recovery-deal.*

[81] F. Salmoni, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico*, Padova, 2021, 32-34.

[82] *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni* EUCO 22/20, Bruxelles, 11/12/2020, in *https://www.consilium.europa.eu/media/47332/1011-12-20-euco-conclusions-it.pdf.* Cfr. G. Íñiguez, *El Estado de derecho y la condicionalidad del fondo de recuperación: ¿bloqueo institucional o falta de voluntad política?*, in *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 45, 2020, 186. Sulla debolezza del dispositivo nella garanzia dei principi cardine dello stato di diritto, cfr. E. Castorina, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, 29, 2020, 47 ss., 59-60.

dottrina più critica.
Dal punto di vista del decisore nazionale, invece, la stabilizzazione di un simile «metodo di Governo» comporta la necessità di prevedere un più incisivo coinvolgimento del Parlamento – quale espressione del pluralismo politico – nella formulazione, attuazione e controllo degli indirizzi di *policy*. In questo senso, sembrano opportuni i rilievi di chi propone un rafforzamento delle garanzie previste nei Regolamenti parlamentari[83], incluse quelle destinate a promuovere un ruolo delle Camere nella valutazione delle politiche pubbliche che legittimano le condizionalità eurounitarie dal punto di vista dei diritti sociali e che sono in grado di rilanciare la coesione democratica nel lungo periodo[84].
Proprio su quest'ultimo profilo ci si soffermerà nel paragrafo successivo per osservare alcuni esempi di come, allo stato attuale, il rinnovato ruolo del pubblico nell'implementazione del *PNRR* possa promuovere un rilancio della coesione sociale, come premessa di una rigenerazione della fiducia nella rappresentanza.

4. Per un pubblico innovativo delle politiche di ripresa. Fin qui si è discusso dell'impatto del *DRR* sulla relazione tra gli organi di governo. In base a quanto scritto in precedenza, non sorprende il rilievo per cui l'ingresso delle condizionalità europee abbia determinato una ridotta capacità dei tradizionali circuiti democratici di intervenire sulle decisioni politiche. Per altri versi, proprio l'imposizione di obiettivi misurabili in tempistiche serrate può suggerire qualche considerazione ottimistica, accanto alle criticità esaminate. In particolare, se si considera la coesione sociale come elemento fondante della democrazia, è evidente che le risorse del *PNRR* possono tradursi in un miglioramento di alcune storiche problematiche della società italiana, che potrebbero livellare i diversi terreni di disuguaglianza oggi osservabili nell'arena partecipativa. Ciò potrebbe altresì condurre a una ripresa di fiducia nelle istituzioni e di conseguenza nei canali rappresentativi.
Nel contesto italiano, la stessa Corte dei conti ha rilevato che il *PNRR* contiene misure potenzialmente idonee agli scopi indicati. Tuttavia, il *Piano* – per come è congegnato – può avere effetto soltanto se i programmi sono realizzati nelle tempistiche previste. Da un lato, si rende necessaria a tal fine una piena ed efficace realizzazione delle riforme strutturali volte ad accrescere il capitale sociale del Paese e migliorare l'assorbimento dei fondi di coesione[85]; dall'altro, occorre intervenire in modo incisivo sul pubblico impiego, per sanare quelle problematiche di lungi periodo – aggravate dai precedenti tagli alla spesa – dovute alla carenza delle competenze necessarie nell'attuale organico e ai lunghi tempi di apprendimento[86].
Per ottenere tali scopi, non resta che fare leva sui punti di forza presenti dal *Piano* stesso, i quali potrebbero essere considerati anche come ispirazione per perfezionare le condizionalità eurounitarie, disegnandole in modo più adatto allo scopo di favorire l'inclusione democratica.
La premessa di tale esame è che si tratta, certo, di elementi che si muovono su un crinale

[83] L. Bartolucci, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *ConsultaOnline*, 2, 2022, 256 ss. Si ricorda, in merito, la peculiare funzione dei Regolamenti come «intersezione tra la forma di governo e la forma di stato», capaci di influenzare «la capacità di "rispecchiamento" dei rappresentati nei rappresentanti»: E. Gianfrancesco, *La riforma dei Regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2009, 111.
[84] F. Dal Canto, A. Sperti, Introduzione, in F. Dal Canto, A. Sperti (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche Atti della giornata di studi svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021*, Torino, 2022, X. I. Baisi, I *Regolamenti parlamentari alla sfida del piano nazionale di ripresa e resilienza: la ritrovata attenzione per la valutazione delle politiche pubbliche*, in *Osservatorio sulle Fonti*, Numero Speciale Tosi Ricerca, 2023, 356 ss. Sul ruolo attuale e potenziale del Parlamento nella valutazione delle politiche pubbliche, cfr. M. Malvicini, *Conoscere per deliberare. la valutazione delle politiche pubbliche e la riforma dei regolamenti parlamentari*, 2, 2017, 15 ss.
[85] Corte dei conti, *Rapporto 2023 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 58-59.
[86] *Ivi*, 75-76.

rischioso tra lo *small state*[87], che tende a svuotare l'Amministrazione per esternalizzare funzioni ai privati, e l'innovazione sociale, come capacità di elaborare continuamente strategie adatte al reale, per relazionarsi con una determinata comunità di riferimento al fine di soddisfarne i bisogni[88].

Fin qui si è osservato che il *PNRR* ha causato una fuga dai processi democratici nella politica nazionale. Ebbene, in tale contesto spetta agli attori che implementano il *Piano*, a livello locale e nazionale, il compito di far rientrare il pluralismo politico nei processi in modo da far dialogare i processi deliberativi con la tecnica, verso l'obiettivo di *policy* più aderenti alla realtà da regolare. In tal senso, si possono identificare due leve importanti: primo, la pluralità dei soggetti attuatori, che favorisce la capacità di sperimentare e trovare soluzioni innovative; secondo, le riforme del d.l. n. 76/2020 previste come rimedio alla cd. «Amministrazione difensiva», con la limitazione della responsabilità erariale ai casi in cui la condotta del soggetto agente è dolosamente voluta dal soggetto, con la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso, oppure derivi da omissione o inerzia. Infatti, entrambe le disposizioni, per quanto rischiose nel quadro di semplificazioni determinato dal *PNRR*, possono diventare altresì una strada per i soggetti attuatori pubblici al fine di favorire un processo di implementazione più partecipato e pluralistico di quello che è stato immaginato a livello nazionale. In particolare, pur in presenza di un approccio centrale incentrato sulla crescita, è importante che *Italia domani* sia concepito a tutto tondo come un piano capace di dare una sostanza valoriale ai *target* sociali, ancorché caso per caso e nei limiti previsti dalla cornice del *Piano*.

L'opportunità da cogliere, in tale direzione è la rinnovata attenzione dell'Unione Europea sulla tecnica amministrativa, recepita in modo più penetrante che mai nel *Piano* italiano[89].

Il *DRR* promuove l'idea di una programmazione delle politiche, che se da un lato ha preoccupato per la sua potenziale capacità di sovradeterminare gli organi eletti attraverso più di una Legislatura, dall'altro lato se instradata in una dialettica corretta con la politica può dare l'opportunità di ricostituire quella capacità di visione ad ampio raggio che sembrava essersi persa nel nostro contesto repubblicano, con la fine della stagione della programmazione economica. Il *Piano*, infatti, sebbene con alterni successi, sembra sottrarre spazio alle prese di posizione partitiche – non sempre collegate a un rilievo concreto delle necessità nei territori – per ridare centralità al disegno coerente delle politiche pubbliche, che oggi devono puntare a obiettivi e tempistiche verificabili.

In questo soccorrono i criteri dettati dagli *Orientamenti della Commissione*, che valutano la spesa anche con criteri di coesione sociale e territoriale, secondo l'impronta *place-based* già descritta in precedenza. Di conseguenza, gli enti attuatori hanno la possibilità, a loro volta, di

---

[87] Civitarese Matteucci, *A further twist towards centralisation and uniformity. Governance and public sector reforms in the Italian Recovery and Resilience Plan*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 31. Questa visione corrisponde a una concezione dell'*open government* come *small state*, di mero supporto all'attività privata: Cfr. T. O'Reilly, *Government as a platform*, in D. Lathrop, L. Ruma (a cura di), *Open Government. Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, Sebastopol, 2010, 12-13.

[88] «La natura ambigua del Recovery Plan […] deriva proprio dalla contraddizione di fondo appena indicata. Lo Stato deve favorire la formazione di capitale, a vantaggio appunto delle 'future generazioni', ma le sue scelte non devono assumere il connotato 'dirigista' che aveva caratterizzato pratiche del passato oggi considerate superate. L'impresa va coinvolta, sia sul terreno del disegno strategico del piano, sia su quello dell'effettiva gestione delle risorse impiegate, superando quanto più possibile l'intermediazione della pubblica amministrazione come 'stazione appaltante'. Sulla proprietà del capitale fisso che in tal modo verrà creato la questione resta aperta. Le infrastrutture verranno costruite dallo Stato, indebitando la collettività; sul chi se ne farà gestore ed eventualmente proprietario si vedrà più avanti nel tempo. Il principio da applicare è comunque sempre quello della 'concorrenza libera e non falsata'»: A. Barba, M. Pivetti, *Il "Piano di ripresa" tra interessi collettivi e interessi privati*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 21.

[89] N. Lupo, *PNRR e cicli politico-elettorali*, cit., xiv.

valorizzare elementi diversi dal rientro nei parametri di bilancio, sfruttando il sostegno del *DRR* per andare oltre la logica della spartizione di risorse, secondo un'*outcome-based performance*[90]. Diventerà dunque cruciale altresì la capacità delle Amministrazioni centrali di dialogare con i territori[91], per concepire politiche *well-tailored*. Tra le carenze del complessivo disegno riformatore – quelle proprie del *PNRR* e quelle imposte dalle difficoltà della spesa corrente – sta tutto nelle mani delle Amministrazioni italiane la ricerca di soluzioni innovative per trasformare gli interventi *spot* del *PNRR* in un investimento trasformativo e generativo. Infatti, a tal fine le amministrazioni ricevono un inedito supporto in termini di formazione del personale e integrazione delle competenze necessarie mediante nuove assunzioni[92]. Sicché, l'obiettivo è di fare tesoro – specie al livello locale, fragilizzato dalle politiche dei tagli di spesa – delle opportunità offerte dal *Piano* in termini di formazione, interdisciplinarità, digitalizzazione e reingegnerizzazione delle procedure, che potrebbero essere la via per affrancare il pubblico dallo stigma dell'inefficienza e puntare a una nuova valorizzazione del settore amministrativo. Da questo punto di vista, i finanziamenti previsti dal *DRR* sono l'opportunità per riacquisire e conservare all'interno del settore pubblico un *know how* che ha rischiato di perdersi, nel tempo, con i tagli al personale e le esternalizzazioni, che hanno causato nel tempo un allontanamento dai fabbisogni e un aumento delle inefficienze della spesa pubblica[93].

Centrale è altresì la costruzione di processi partecipativi nell'implementazione dei progetti, che oggi è possibile potenziare grazie alle risorse del *Piano*[94]. Le amministrazioni titolari e i soggetti attuatori hanno l'opportunità di recuperare sul piano locale e amministrativo le esigenze democratiche che sempre sono alla base delle politiche sociali, nella consapevolezza del fatto che la consultazione e partecipazione dei regolati, sebbene richieda spazi dedicati, non si traduce necessariamente in un ritardo, ma può anche essere all'origine di un risparmio di tempi e di spesa. Inoltre, esso arricchisce l'istruttoria, come terza via tra la tecnocrazia e il populismo, che è quella di sfruttare il sapere del territorio, introducendo nel procedimento competenze e conoscenze che non sono necessariamente presenti nelle Amministrazioni, e che comunque derivano dal particolare punto di vista esperienziale delle persone che vivono un dato territorio o una data situazione. Proprio la partecipazione dei regolati consente di adottare un *rights-based approach*[95], in cui i diritti danno la misura degli interventi da effettuare

---

[90] «La sfida lanciata dal *PNRR* pare peraltro più profonda, richiedendo una maggiore consapevolezza degli effetti, in termini non solo di *output*, ma anche di *outcome*, delle politiche pubbliche avviate in questi mesi, così da riuscire a conseguire, in maniera soddisfacente, gli impegnativi *target* individuati: il che comporta la capacità di avviare *evidence-based policies* e di disporre di dati adeguati a comprendere gli strumenti migliori attraverso cui conseguire quegli obiettivi»: N. Lupo, *Il PNRR e i poteri dello Stato*, cit., 3. Sull'approccio *outcome-based*, cfr. anche G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 4, 2021, 716-717; Forum Disuguaglianze e Diversità, *Cosa pensiamo del piano inviato all'UE e "che fare ora"?*, 11/5/2021, in *https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/wp-content/uploads/2021/05/COMMENTO-DI-SINTESI_PNRR_FORUMDD.x96206.pdf*, 4. In particolare, sulle Regioni come enti attuatori del PNRR, R. Bifulco, *Le Regioni e la sfida della sostenibilità*, in R. Toniatti (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Trento, 2022, consultato in pre-print su *Luiss.it*, in *https://iris.luiss.it/handle/11385/224733*, 9 ss.

[91] Pluralismo che deve ritenersi inclusivo dei livelli di governo territoriali: A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, 209.

[92] Nel medesimo senso sembra andare l'esclusione dello *spoils system* per le strutture destinate all'attuazione del PNRR: N. Lupo, *Il PNRR e i poteri dello Stato*, cit., 3.

[93] A. Barba, M. Pivetti, *Il "Piano di ripresa" tra interessi collettivi e interessi privati*, cit., 18 ss.

[94] In merito, si vedano tuttavia i *caveat* di: F. Pizzolato, *Partecipazione e partecipazionismo nello Stato democratico*, in *Costituzionalismo.it* 1, 2023, 6-7.

[95] UN Development Group's Human Rights Working Group (UNDG-HRWG), *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies*, in *https://hrbaportal.org/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-*

e delle sinergie da creare tra gli interventi stessi.
Ulteriore problematica della gestione centrale, cui le amministrazioni titolari possono porre parzialmente rimedio, è la scelta sulle destinazioni delle risorse, che talvolta – come si è visto – è operata attraverso i bandi. Questi ultimi - pur traducendosi in processi necessariamente competitivi - possono individuare modalità di partecipazione capaci di creare sinergie e cooperazioni, invece che competizione, eventualmente prevedendo la necessità per realtà più consolidate di creare partenariati con realtà più fragili per aiutarne il consolidamento. Inoltre, i bandi rivolti a partenariati, ad esempio, possono creare opportunità di rete che restano patrimonio delle realtà coinvolte. In alternativa, i contenuti del bando possono essere disegnati in modo da innescare meccanismi capaci di trasformare la 'buona pratica' in un cantiere che può supportare altre pratiche, oltre che ispirarle.

Infine, ulteriore punto delicato nell'attuazione del *PNRR* è il ricorso a finanziamenti privati previsto per sopperire alla carenza di quelli pubblici. Infatti, è ben evidente che l'ingresso di fondi privati può rappresentare un'opportunità, ma solo se si tiene conto di un insieme di *caveat* e vincoli, che non sembrano fatti propri dal *Piano*, ma possono essere introdotti in fase attuativa. Infatti, come accennato negli esempi riguardanti il digitale, è necessario che l'investimento privato intervenga con meccanismi regolatori capaci di assicurare che la decisione sui diritti e sul bilanciamento degli interessi resti in mano pubblica, in quanto solo il soggetto rappresentativo è legittimato a tanto[96]. Al tempo stesso, però, un simile obiettivo richiede l'alleanza di diversi soggetti sui territori, specie dove il Governo nazionale ha mostrato una ridotta attenzione alla tematica.
In tal senso, tornando all'esempio della rigenerazione e degli spazi urbani, si pone la sfida democratica del governo del territorio[97]. Infatti, in virtù della fase di debolezza degli enti locali, è forte la tentazione di cedere o concedere beni e servizi a privati, con forme che lasciano loro ampia libertà. Il *PNRR* potrebbe amplificare tale tendenza, laddove la cantierabilità e la garanzia di efficienza diventano requisiti necessari per partecipare con successo ai bandi delle Amministrazioni titolari.
In tale contesto, soluzioni che lasciano il campo libero a organizzazioni strutturate e poco accessibili – come spesso sono i privati per loro natura – rischia di falsare il gioco democratico: anche se si tratta di realtà non profit, il pericolo è che diventino interlocutrici privilegiate nel rapporto tra l'amministrazione e la società civile, offuscando interessi più deboli. Pertanto, è fondamentale che queste entità private siano capaci di coinvolgere la città nel senso più ampio ed eterogeneo possibile[98] e comunque siano soggette a meccanismi di controllo.
Diverse esperienze europee hanno reagito in questi casi tentando di immaginare modalità non speculative di investimento privato sui territori, a partire da una rete di cooperazione tra istituzioni, finanza etica, nonché abitanti e realtà comunitarie di quartiere. Si tratta di sperimentazioni – legate soprattutto all'abitare o all'impresa sociale – che grazie alle reti esistenti riescono a creare una forma di cd. «proprietà d'uso», cioè esercitare un diritto di proprietà commisurato al valore d'uso dell'immobile, piuttosto che al suo uso speculativo

un-agencies/. Cfr. M. Broberg, H.-O. Sano, *Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development – an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences*, in *The Int'l Journ. of Hum. Rights*, 22(5), 2018, 666 ss.

[96] G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 151-169.

[97] S.R. Miller, *Community Land Trusts: Why Now Is the Time to Integrate This Housing Activists' Tool into Local Government Affordable Housing Policies*, in *Jour. of Afford. Housing & Community Development Law*, 23(3-4), 2015, 369; K. Liegel, G. Duvernoy, *Land Trusts: Shaping the Landscape of Our Nation*, in *Natural Res. & Env.*, 17(2), 2002, 95.

[98] T. Moore, K. McKee, *Empowering Local Communities? An International Review of Community Land Trusts*, in *Hous. Stud.*, 27(2), 2012, 286-287; K. Liegel, G. Duvernoy, *Land Trusts*, cit., 127-128.

finalizzato a ottenere la rendita più elevata possibile. In questo senso, tali strumenti mirano a preservare l'uso del territorio da parte dei suoi abitanti e delle sue abitanti, evitando che diritti fondamentali come il diritto all'abitare e il diritto alla città dipendano dalle dinamiche del mercato finanziario prima che dalle scelte di politica urbana.

Ad esempio, in Germania il *Mietshäuser Syndikat*[99], una società a responsabilità limitata (*GmbH*) per l'acquisizione congiunta di abitazioni, ha creato reti di abitazioni e spazi accessibili prevedendo l'acquisto di ciascun immobile da parte di una *GmbH* formata da due soci: il *Syndikat* e l'associazione delle persone che intendono abitare la casa. Entrambi i *partner* hanno uguale diritto di voto, sicché il *Syndikat* può impedire qualsiasi forma di rivendita da parte dell'associazione che non rispetti il principio fondamentale alla base dell'accordo originario, cioè di mantenere l'immobile a un uso socio-abitativo e a canoni calmierati. A sua volta, il *Syndikat* al suo interno ha una modalità decisionale fondata sul consenso, costruita in modo da rendere difficile la rottura dell'accordo iniziale, grazie al reciproco controllo di chi vi fa parte.

Analogamente, nel mondo anglosassone, il *Community Land Trust* (CLT) è *trust* fondiario senza scopo di lucro che gestisce alloggi a prezzi accessibili e per conto di una comunità, in base ad alcuni requisiti giuridici che servono a rafforzarne la capacità di essere esponenziale della Comunità[100]. Lo strumento del *trust* consente di separare il valore e la proprietà del terreno da quelli dell'edificio, sicché i *CLT* possono fittare case o venderle dietro pagamento di un canone – simile a un canone di superficie – per la costruzione su suolo di proprietà del *trust*[101].

In tali casi, e altri simili concepiti in altri ordinamenti, il paradigma tradizionale proprietario è riletto attraverso lo stesso esercizio dei diritti proprietari, il quale – come avviene nel caso esemplare del *copyleft*[102] – viene usato per uno scopo opposto a quello tipico: rendere accessibile il bene e sottrarlo durevolmente al mercato speculativo. Ciò è possibile grazie alle modalità di *governance*, dove l'autonomia privata è usata per depotenziare in modo durevole le facoltà connesse alla proprietà stessa. Nella sostanza, il diritto di alienare e locare il bene non si presenta più come esercizio di una volontà unilaterale, bensì come un incontro di volontà che avviene in un processo collettivo[103], distribuito in un sistema di controlli e contrappesi reciproci che intrecciano partecipazione comunitaria e strumenti di diritto privato, assicurando il rispetto di un comune «protocollo di consenso»[104].

Tali esperimenti sono solo un esempio di come sia possibile in diversi ambiti concepire modelli di investimento privato rispettosi dei diritti fondamentali, grazie alla cooperazione di diversi attori. I finanziamenti del *PNRR* potrebbero essere un'opportunità per costruire simili

---

[99] *https://www.syndikat.org/en/*.

[100] Nel diritto inglese, ad esempio, il CLT è regolato dallo *Housing and Regeneration Act 2008*, UK Public General Acts 2008 c.17, sec. 79. Esso deve essere espressamente creato per servire gli interessi sociali, economici e ambientali di una comunità locale definita, in particolare assicurando che i beni siano venduti o valorizzati soltanto per questi scopi (*subsec.* 4); non deve essere a scopo di lucro (*Ibidem*); devono lasciare la possibilità alle persone che vivono nella comunità di aderire al CLT (*subsec.* 5).

[101] *http://www.communitylandtrusts.org.uk/what-is-a-clt/about-clts*.

[102] Il principio del «rovesciamento» del diritto di proprietà intellettuale – alla base del *copyleft* – è illustrato, ad esempio, in: *https://www.gnu.org/copyleft/*.

[103] Questo aspetto, per la verità, è presente in misura diversa in diversi casi, e particolarmente pronunciato proprio nel Syndikat. Cfr. l'intervista di Silvia Cafora a Marina Noussan: S. Cafora, *CAPITOLO 2. Abitare collaborativo, le pratiche. Mietshouser Syndikat. Fondazioni Edith Maryon e Trias, Community Land Trust*, in S. Cafora (a cura di), *Abitare pioniere. Innovazione democratica e nuovi paradigmi economici in risposta alla finanziarizzazione*, Milano, 2020.

[104] Il termine è preso in prestito dall'ambito della tecnologia *blockchain*. Certo, si tratta in questo caso di un diverso tipo di atto di volontà, che non è una volontà negoziale, ma serve a certificare una transazione più che a determinarla; tuttavia, è simile il criterio – rivelatosi nella pratica molto efficace – di distribuire la decisione per evitare un comportamento che infrange la regola comune.

reti, fermo restando che gli obiettivi sociali menzionati non dovrebbero essere solo uno sforzo della finanza etica e delle comunità militanti. Infatti, al di là dei rischi e dei punti deboli di ogni esperienza, il pericolo latente «nello sviluppo di pratiche comunitarie è quello che venga meno il supporto del governo, ovvero che le comunità facciano il lavoro del pubblico». Di conseguenza, è necessario ritenere che lo Stato in questi casi non prenda l'intervento privato come un'occasione di deresponsabilizzazione, con conseguente «privatizzazione delle responsabilità»[105]; infatti, è pacifico che alcune funzioni, tra cui sicuramente quella del governo democratico del territorio, restino comunque compiti cui il pubblico deve adempiere.

5. Conclusioni. Da quanto emerso, si può concludere che le condizionalità del *PNRR* sono intervenute a catalizzare politiche sociali e di coesione rispetto alle quali l'austerità da tempo «stava stretta»[106]. Tuttavia, si è potuto anche osservare come il *DRR* abbia avuto effetti ambivalenti in tema di partecipazione democratica, in quanto si è innestato, ed è stato assorbito, dalle dinamiche centralistiche già esistenti nella forma di Governo.
In tal senso, si è ragionato sui punti deboli delle condizionalità imposte dal *DRR*, ma anche sui loro punti di forza, capaci di realizzare politiche sociali di lungo periodo, quale premessa ineludibile di qualsiasi ragionamento sulla rappresentanza.
Allo stato attuale, gli indicatori previsti dal *Dispositivo* eurounitario hanno costituito dei parametri importanti, alla luce dei quali può essere evidenziata la responsabilità del regolatore nazionale nel raggiungimento degli obiettivi. Chiaramente, infatti, le strutture eccezionali di *governance* del *PNRR* potrebbero parzialmente giustificarsi soltanto alla luce dei loro risultati di *policy*, cioè se dovessero mostrarsi effettivamente funzionali a realizzare un aumento dell'uguaglianza nel lungo periodo.
A tal fine, sono necessarie indicazioni operative che potrebbero essere proposte, *de iure condendo*, come nuove condizionalità, volte a bilanciare l'influenza sui processi decisionali interni attraverso il rilancio della fiducia e della partecipazione su vasta scala nei territori. In particolare, si rende necessario un investimento deciso sulle capacità del settore pubblico, con risorse vincolate a favorire la democrazia partecipativa e deliberativa nei processi, la coprogettazione sui territori e la ricerca di soluzioni innovative per il funzionamento dell'amministrazione.

Abstract. L'articolo analizza le nuove condizionalità del *Next Generation EU* (*NGEU*) e i suoi effetti – presenti e potenziali – sulle dinamiche democratiche degli Stati, in particolare nell'ordinamento italiano. Si esamina dunque non solo l'impatto del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* sull'equilibrio tra gli organi di governo, ma anche la sua potenzialità di fondare la partecipazione democratica su nuove basi sociali, grazie alla previsione di obiettivi di *policy* misurabili.
Ci si interroga, così, sul ruolo del *DRR* nella creazione di nuovi spazi partecipativi e la sua capacità di salvaguardare l'autodeterminazione democratica.

Abstract. The article analyzes the new conditionalities of the *Next Generation EU* (*NGEU*) and their present and potential effects on the democratic dynamics of states, particularly within the Italian legal framework. It not only examines the impact of the National Recovery

[105] A.I. Arena, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, 43 ss.
[106] Comitato per l'Abolizione dei Debiti Illegittimi (CADTM), *Il debito ai tempi del covid. Next generation EU. Nuovi assetti europei?*, 2021, in *https://www.popoffquotidiano.it/wp-content/uploads/2021/07/IL-DEBITO-AI-TEMPI-DEL-COVID-30.06.2021-HD.pdf*, 7.

and *Resilience Plan* on the balance of governing bodies but also explores its potential to establish democratic participation on new social foundations, thanks to the inclusion of measurable policy objectives. The article raises questions about the role of the *Dispositivo di Ripresa e Resilienza* (*DRR*) in creating new participatory spaces and its ability to safeguard democratic self-determination.

Parole chiave. Condizionalità – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – crisi della rappresentanza – equilibrio tra i poteri – programmazione delle politiche.

Key words. Conditionality – National Recovery and Resilience Plan – crisis of representation – balance of powers – policy programming.

Issn 2421-0528

LA GIUSTIZIA TRIBUTARIA TRA CULTURA COSTITUZIONALE E ISTANZE EUROPEE: UNA RIFORMA INCOMPIUTA?*

di Chiara Doria**

Sommario. 1. Introduzione: i fattori esogeni ed endogeni che hanno influenzato la riforma della giustizia tributaria. – 2. La «speciale specialità» della giurisdizione tributaria. – 3. Il procedimento di riforma delle Commissioni tributarie e la spinta acceleratrice del *PNRR*. – 3.1. Le «varianti» della riforma. – 4. La riforma alla prova della condizionalità: un problema di sostenibilità costituzionale. – 5. Alcune prime conclusioni sul merito della riforma.

1. Introduzione: i fattori esogeni ed endogeni che hanno influenzato la riforma della giustizia tributaria. Con la recente l. n. 130/2022 (*Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari*), il legislatore, intervenendo in un settore rimasto a lungo in una dimensione di incompiutezza sotto il profilo costituzionale, ha voluto imprimere una nuova fisionomia agli organi di giustizia tributaria. Laddove si voglia valutare l'effettivo impatto della riforma, si deve però muovere da una constatazione: la stessa costituisce il risultato non solo dell'apporto dall'evoluzione giuridico-costituzionale del Paese, ma anche dalla spinta acceleratrice dell'Unione Europea.

È sotto questa lente che si intende, in questa sede, indagare l'argomento. In altri termini, l'analisi della «nuova» identità della giustizia tributaria verrà condotta tramite una riflessione sui fattori di natura endogena (quelli legati alla specialità della giurisdizione tributaria nella sua evoluzione culturale costituzionale) ed esogena (quelli dettati dal *PNRR*) che hanno concorso a determinare la modifica legislativa.

Difatti, la storia degli organi di giustizia tributaria è la storia di una giustizia «figlia di un Dio minore»[1], che ha subito nel corso del tempo «mutamenti graduali» e «parziali adeguamenti»[2], sino a giungere al d.lgs. n. 545/1992, rubricato *Ordinamento degli organi speciali di giurisdizione tributaria ed organizzazione degli uffici di collaborazione in attuazione della delega al Governo contenuta nell'articolo 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413*. Quest'ultimo prevedeva un'organizzazione delle Commissioni tributarie da più parti considerata insoddisfacente[3]: oltre che incidere negativamente sulla qualità delle sentenze e sui tempi del processo, la disciplina destava diversi dubbi di costituzionalità, tanto che si è più volte cercato di intervenire col fine di

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Diritti e sostenibilità – Università del Salento.

[1] Anche a causa di un particolare modo di intendere le controversie tributarie che ritiene il dato tecnico economico spesso prevalente rispetto a quello giuridico. In tal senso, A. Carinci, *Giustizia tributaria: un cambiamento è necessario, Lavoce.info,* 26 luglio 2016.

[2] Così la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 144/1998.

[3] Tra gli altri, C. Glendi, *Riforma della giustizia tributaria: sempre in attesa dell'Almanacco nuovo!*, in *IPSOA Quotidiano*, 8 gennaio 2022; G. Ragucci, *Riforma della giustizia tributaria: perché è necessario un giudice professionale e specializzato*, in *IPSOA Quotidiano*, 26 marzo 2022; M. Villani, S. Villani, *Numeri (e criticità) della giustizia tributaria*, in *IPSOA Quotidiano*, 30 ottobre 2022.

rendere le previsioni in materia più conformi al dettato costituzionale[4]; ciò, senza che le diverse proposte riuscissero a trovare opportuna composizione in Parlamento. Una circostanza particolarmente gravosa, anche in ragione della duplice rilevanza rivestita dalla giurisdizione tributaria: sono note le connessioni tra il corretto funzionamento della giustizia tributaria e i fini di giustizia sociale che il dovere tributario si prefigge di conseguire ai sensi dell'art. 53 Cost., letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, c. 2, Cost.[5]; altrettanto noti sono, poi, il nesso tra fiscalità e mercato[6] e l'importanza che la giustizia tributaria riveste sul versante europeo, potendo la stessa influenzare il grado di attrattività dell'ordinamento italiano per gli investitori esteri[7].

La situazione di stasi in cui versava l'assetto organizzativo-ordinamentale delle Commissioni si è protratta sino alla crisi pandemica, quando è stato approvato il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (*PNRR*). È grazie allo strumento finanziario del *Next Generation EU*, il quale, come noto, poggia su una serie di valori condivisi al livello europeo[8], che la giustizia tributaria ha potuto infine trovare stimolo per una trasformazione[9] (*milestone* M1C1-35). È così divenuta oggetto di un procedimento composito che, oltre che fondarsi sulla specialità delle

[4] Già pochi anni dopo l'adozione del d.lgs. n. 545/1992 vi furono infatti diverse proposte di razionalizzazione della disciplina (tra gli altri, i d.d.l. nn. 552/1996; 813/1966;1242/1996; 1643/1996; 2435/1996; 2125/1997; 2261/1997; 2637/1997; 3074/1997; 3155/1997; 4130/1997; 3424/1998; 3766 (I rist)/1999; 6256/1999).

[5] In ragione della vocazione solidaristica e redistributiva del dovere tributario, atta a realizzare fini di giustizia sociale oltre che di giustizia fiscale. Per un maggior approfondimento, si v. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti fondamentali*, Milano, 1997, 196 ss; Buzzacchi C., *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, 16 ss.; G. Marongiu, *Ezio Vanoni. Ministro delle Finanze,* Torino, 2016, 55. In particolare, sul nesso esistente tra la giustizia tributaria e diritti fondamentali, si v. A. Marcheselli, R. Dominici, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali. Giusto tributo, giusto procedimento, giusto processo*, Torino, 2016, 197; L. Antonini, *La felicità pubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili*, Modena, 2022, 25 ss.

[6] In riferimento a questi ultimi, si v. M. Luciani, *Costituzione, tributi e mercato*, in L. Salvini, G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014, 27-36.

[7] Così la *Relazione finale della Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria*, 30 giugno 2021, 26 ss. I fini di giustizia sociale paiono invece estranei all'ordinamento sovranazionale (perlomeno stando al contenuto dei Trattati istitutivi), considerata l'opzione che questo ha esercitato per una fiscalità «negativa». Si v., sul punto: F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale tra decentramento e globalizzazione*, in *Riv. Dir. trib.*, 10, 2004; P. Boria, *L'anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2004, 110 ss. In un senso più ampio, è possibile anche evidenziare che la materia tributaria presenta una serie di interrelazioni con il mercato europeo. Sebbene non sia possibile in questa sede approfondire tali aspetti, basti qui richiamare le ricadute che i sistemi tributari dei singoli Stati membri possono avere in termini di libera circolazione delle merci (titolo II TFUE), nonché la loro capacità di influire sugli standard di concorrenza (art. 110 TFUE). Cfr., sul tema, C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, 173 ss.

[8] Tra cui quello, sino ad allora «dormiente», di solidarietà. L'espressione è di A. Apostoli, *La declinazione del principio di solidarietà nel PNRR*, in D. De Lungo, F. Saverio Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Torino, 2023, 162. Sulla presenza del principio di solidarietà nelle basi giuridiche dei Regolamenti adottati per far fronte all'emergenza pandemica, si v. N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo,* in *Dir. pub.,* 3, 2022, 734 ss. Sul rapporto tra solidarietà, mercato e sviluppo, si v., invece, V. Tondi della Mura, *Recovery Fund e Recovery Plan fra solidarietà, mercato e sviluppo: un equilibrio irrisolto*, in G. Corso, F. G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. IV, Napoli, 2022.

[9] È stato difatti rilevato che «La Pandemia verrà ricordata dai cultori del diritto tributario per aver contribuito definitivamente a tirare fuori la riforma della giustizia tributaria dalle secche in cui si era da tempo arenata». G. Melis, *La legge 130 del 2022: lineamenti generali,* in www.giustiziainsieme.it, https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-tributario/2584-la-legge-130-del-2022-lineamenti-generali.
D'altronde, è nota la capacità catalitica in termini di innovazione istituzionale del *PNRR*, nonché il fondamentale ruolo che lo stesso riveste ai fini dello sviluppo economico degli Stati membri. Si v., in tal senso: G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la «fisarmonica» governativa,* in V. Di Porto, F. Pammolli, A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Bologna, 2022, 140; P.C. Padoan, *Next Generation EU as a Growth Machine*, in *Astrid Rassegna,* 6, 2023.

Commissioni, ha dovuto tener conto anche del «valore aggiunto europeo» che il Regolamento n. 2021/241 (istitutivo del dispositivo per la *Ripresa e la Resilienza*) intende realizzare per il tramite delle riforme previste nei *Piani Nazionali*[10].

2. La «speciale specialità» della giurisdizione tributaria. La giustizia tributaria, come noto, appartiene al novero delle cd. giurisdizioni speciali costituzionalmente innominate: giurisdizioni che, non menzionate espressamente in Costituzione, sono soggette ad una disciplina parzialmente diversa da quella prevista per la magistratura ordinaria, in ragione della peculiarità delle questioni trattate[11].

In particolare, le Commissioni tributarie (ora Corti di giustizia tributaria) furono istituite nel 1864 come organi appartenenti all'amministrazione finanziaria del nuovo Regno[12] ed erano composte da amministratori o giudici di tipo onorario[13]; solo successivamente transitarono nella sfera del potere giurisdizionale[14]. Le stesse presentavano già in origine i due tratti che hanno connotato gli organi deputati al controllo del corretto esercizio dell'attività impositiva nel corso degli anni[15]: la commistione con l'apparato deputato all'attività di gestione dei tributi e il carattere onorario dei loro componenti. Una particolarità che ha resistito all'entrata in vigore della Costituzione, alla novella del 1972[16] (con cui la Corte costituzionale riconobbe definitivamente la natura giurisdizionale delle Commissioni[17]) e all'ultimo intervento di riordino del 1992, concorrendo a determinare quella che è stata definita da Cesare Glendi la «speciale specialità» della giurisdizione tributaria[18].

Nello specifico, il d.lgs. n. 545/1992 prevedeva che la giurisdizione tributaria fosse esercitata da una magistratura cd. mista, di estrazione varia[19]. Il giudice tributario era un giudice onorario, nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle finanze e previa deliberazione del Consiglio di presidenza (organo di autogoverno della

[10] Infatti, «ugualmente a quanto accade nelle relazioni esterne», gli Stati membri «si vedono ora (almeno in linea di principio) collegati fondi europei e rispetto dei valori unionali». E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, 242.

[11] Per un maggior approfondimento, si v., N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura. Quarta edizione,* Bologna, 2018, 149 ss.

[12] Art. 21, c. 1, l.n. 1830/1864. Il fine cui le Commissioni erano preposte era quello di «appurare e determinare in prima istanza le somme dei redditi e dell'imposta dovuta dai contribuenti del comune o consorzio».

[13] G. Scarselli, *La nuova magistratura tributaria*, in A. Carinci, F. Pistolesi (a cura di), *La riforma della giustizia e del processo tributario,* Milano, 2022, 5.

[14] Per un maggior approfondimento, si v. G. Zanobini, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1937, 418 ss.

[15] Nonostante i diversi interventi normativi in materia. In particolare, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, si segnalano: la l. n. 2248/1865, all. E, che introdusse, accanto alla tutela prevista in sede amministrativa, una tutela in sede giurisdizionale, così dando vita ad un doppio sistema di tutela del contribuente; il R.D. n. 3023/1866, con cui venne istituita la Commissione centrale, che si affiancava alle esistenti Commissioni distrettuali e provinciali; la l. n. 1639/1936, con cui la nomina dei membri delle Commissioni, fino ad allora riservata agli organi rappresentativi locali, venne avocata al Governo. Cfr. G. Scarselli, *La nuova magistratura tributaria,* cit., 4 ss.

[16] D.P.R. n. 636/1972 (*Revisione della disciplina del contenzioso tributario*).

[17] La Corte, infatti, dopo aver inizialmente riconosciuto la natura giurisdizionale delle Commissioni (Corte cost. nn. 12/1957, 41/1957 e 42/1957 e 81/1958), mutò la propria opinione e ne sostenne la natura amministrativa (Corte cost. nn. 6/1969 e 10/1969). A seguito della riforma attuata con il d.P.R. n. 636/1972, la Consulta riconobbe in via definitiva la natura giurisdizionale sia delle Commissioni riformate sia di quelle preesistenti (Corte cost. n. 287/1974).

[18] Su cui, C. Glendi, *La speciale specialità della giurisdizione tributaria,* in A. Guidara (a cura di*), Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Torino, 2021, 414 ss.

[19] L'art. 4 del d.lgs. n. 545/1992 stabiliva che potevano essere nominati giudici tributari sia i giudici ordinari, amministrativi e militari, in carica o a riposo, sia diverse categorie di professionisti, tra cui, ad esempio, commercialisti, ragionieri, ingegneri, architetti, geometri e agronomi.

Giustizia tributaria), cui era riconosciuto un trattamento retributivo composto da una parte fissa e da una parte variabile in ragione del numero dei ricorsi decisi, il cui ammontare era stabilito con decreto del Ministero delle finanze di concerto con il Ministro del tesoro[20]. Gli organi di giustizia tributaria restavano inquadrati nel Ministero delle Finanze, parte in causa nel processo, in continuità con quella tradizione che affidava la gestione delle giurisdizioni speciali, secondo competenza, ad un Ministero diverso da quello della Giustizia[21].

Il sistema sommariamente descritto si mostrava deficitario sul versante della professionalità e dell'indipendenza del giudice tributario. Oltre che con l'art. 108, c. 2, Cost.[22] se ne sottolineavano le frizioni con il principio del giusto processo previsto dall'articolo 111 della Costituzione[23], nonché con gli articoli 19 TUE (che impegna gli Stati membri a stabilire «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione») e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (rubricato *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*)[24].

A fronte di tali rilievi, l'esigenza di un intervento riformatorio costituiva un punto fermo e condiviso, anche se numerose erano le incertezze in ordine al suo *quomodo*: da un lato vi erano le richieste di chi auspicava la realizzazione di una maggiore autonomia della giurisdizione tributaria per il tramite di una sua riorganizzazione (matrice autonomista); dall'altro, stavano le resistenze di chi invocava l'osservanza del principio di tendenziale unità di giurisdizione[25] e, pertanto, prospettava la creazione di sezioni specializzate presso gli organi della giurisdizione ordinaria (matrice unitarista) ovvero sosteneva che la funzione giurisdizionale in materia tributaria potesse essere svolta dalla Corte dei conti (matrice giuscontabilista)[26].

***3. Il procedimento di riforma delle Commissioni tributarie e la spinta acceleratrice del* PNRR.** Dei tre gruppi di proposte, solo quello di matrice autonomista è riuscito in tempi recenti ad approdare in Senato; quando, tuttavia, nel gennaio 2020, le Commissioni riunite II e VI del Senato hanno finalmente avviato l'esame in sede redigente dei disegni di legge

[20] Artt. 8, 9, 13, 32 d.lgs. n. 545/1992.

[21] A. Pizzorusso, *Art. 102*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura. Tomo I*, Bologna, 223. Eppure, già nei lavori della Commissione economica per la Costituente emerse la necessità di una totale separazione degli organi di giustizia tributaria dall'apparato amministrativo di prelievo. Tra gli altri, Enrico Allorio sosteneva che «Le commissioni tributarie devono essere veramente dei giudici; dev'essere inoltre riaffermata la assoluta indipendenza nei confronti della finanza. Gli organi della giurisdizione tributaria dovrebbero essere nettamente distinti da quelli della amministrazione finanziaria». Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione Economica presentato all'Assemblea costituente, Volume V, Appendice*, Roma, 1946, 124.

[22] Soprattutto avuto riguardo all'apparenza di indipendenza. Si veda, sul punto, A. Marcheselli, *Giustizia tributaria: luci, ombre e prospettive di una giurisdizione fondamentale*, in *Questione giustizia*, 3, 2016, 17.

[23] Principalmente rispetto al canone del giudice terzo e imparziale. Ciò, non solo con riferimento al rapporto che il giudice intrattiene con le parti, ma anche avuto riguardo alla sua idoneità ad «essere giudice», determinata dal possesso dei requisiti di professionalità. Sul punto, si v. E. Manzon, *Processo tributario e Costituzione. Riflessioni circa l'incidenza della novella dell'art. 111 Cost., sul diritto processuale tributario*, in *Riv. dir. trib.,* 11, 2001.

[24] È stato osservato che, a causa del tenore letterale della norma, potrebbe desumersi che la previsione valga solo per i rami «armonizzati» del diritto tributario. Al contrario, si ritiene che non sia «proponibile strutturare due distinte impostazioni di processo tributario, o che esso venga distinto a seconda della natura della materia trattata». A. Marcheselli, R. Dominici, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali. Giusto tributo, giusto procedimento, giusto processo*, Torino, 2016, 170. Sulla portata dell'articolo 47 della Carta di Nizza, si v., invece, L. Sabbi, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'effettività della tutela del contribuente: questioni attuali in una prospettiva di riforma*, in A. Guidara (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, cit., 508-532.

[25] Il principio fu accolto in Assemblea costituente quale soluzione mediana tra la creazione di un unico apparato di giudici e un sistema giudiziario differenziato, in grado di rispondere ad una variegata casistica di questioni. S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, *Seconda edizione*, Padova, 2008, 919.

[26] Per un approfondimento, si v. Consiglio Di Presidenza Della Giustizia Tributaria*, Riflessioni sulla Riforma della Giustizia Tributaria. Ricadute ordinamentali e processuali - Rapporti tra Giurisdizioni*, Seduta del 22 ottobre 2019, 12.

presentati nella XVIII legislatura[27], lo stesso è stato interrotto dall'emergenza pandemica del Covid-19.

Al contempo, lungi dal far naufragare il processo riformatore, quest'ultima vi ha attribuito una significativa spinta acceleratrice. La risposta economica coordinata alla crisi ha infatti permesso ai singoli Stati di ottenere risorse (*grants* e *loans)* utili ad attuare riforme e investimenti oggetto di previo accordo con l'Unione. L'erogazione delle risorse è stata subordinata al raggiungimento di specifici traguardi, funzionali ad «assicurare la coesistenza tra priorità di azione comuni all'Unione e linee di politica economica definite, alla luce di tali priorità, in ciascuno Stato membro»[28] (cd. *spending conditionality*). Tra quest'ultime, l'obiettivo di efficientamento e maggiore competitività della giustizia[29], che ha fornito una ragione aggiuntiva per affrontare le criticità della giustizia tributaria già note al legislatore nazionale. In particolare, nella *Country specific recommendation* predisposta dalla Commissione Europea nel 2019 (espressamente richiamata da quella del 2020, con la quale si rendevano gli indirizzi necessari a far fronte alla pandemia e facilitare la ripresa economica) si legge che «presso la Corte suprema di Cassazione l'elevato numero di cause in entrata, combinato ai tassi di smaltimento inferiori della sua sezione tributaria, incide negativamente sull'efficienza generale della Corte e solleva preoccupazioni per la qualità del sistema della giustizia tributaria nel primo e secondo grado di giudizio»[30].

Tenuto conto di queste indicazioni[31], tra le riforme cd. orizzontali, il *PNRR* ha previsto il traguardo di «rendere più efficace l'applicazione della legislazione tributaria e ridurre l'elevato numero di ricorsi alla Corte di Cassazione». È parso tuttavia subito chiaro che quest'ultimo non potesse essere raggiunto se non intervenendo anche sul piano della giustizia di merito. Lo stato in cui versava il giudizio di legittimità sembrava infatti dipendere dall'elevato numero di decisioni impugnate, la cui percentuale di annullamento nel 2020 era pari al 47%[32].

3.1. Le «varianti» della riforma. Nell'aprile 2021 è stata quindi istituita dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell'Economia e delle Finanze una Commissione interministeriale, cd. Commissione Della Cananea, col compito di elaborare le proposte di riforma per la giustizia tributaria.

La Commissione ha definito il quadro costituzionale entro cui la riforma avrebbe dovuto svilupparsi: a venire in rilievo sono stati soprattutto i limiti e la portata della discrezionalità legislativa in termini di riorganizzazione delle giurisdizioni speciali. La Corte, invero, già in passato aveva statuito circa la possibilità per il legislatore di continuare a trasformare o riordinare i giudici speciali oltre il termine di cinque anni dell'entrata in vigore della

---

[27] D.d.l. n. 243/2018 (*Ordinamento della giurisdizione tributaria*); 714/2018 (*Codice del processo tributario*); 759/2018 (*Codice della giurisdizione tributaria*); 1243/2019 (*Riforma della giustizia tributaria*), cui sono stati poi riuniti i d.d.l. nn. 1661/2020 (*Ordinamento degli organi di giurisdizione e amministrativi della giustizia tributaria*), 1687/2020 (*Codice del processo tributario*), 2476/2020 (*Ordinamento della giurisdizione tributaria*).

[28] N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo,* cit., 732. Per un maggior approfondimento sul principio di condizionalità, si v. E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, cit., 27 ss.

[29] La giustizia rappresenta un settore centrale per l'Unione Europea a causa del nesso esistente tra sistemi giudiziari efficienti, mantenimento dello Stato di diritto e rispetto del diritto dell'Unione e fiducia reciproca tra gli Stati membri, così come si evince nei Quadri di valutazione della giustizia UE redatti periodicamente dalla Commissione europea.

[30] *Country specific recommendation* 2019.

[31] Sebbene le stesse costituiscano indirizzi di massima di cui si critica sia l'eterodeterminazione sia la scarsa precettività. Sul punto, si v. N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, cit., 740; P. Menegus, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2020.

[32] *Piano Nazionale di Ripresa e resilienza*, 63.

Costituzione posto dalla VI disp. trans. fin. (pur con il limite di non snaturare le materie attribuite alla loro competenza e di assicurarne la conformità a Costituzione)[33], ma non aveva tracciato una precisa linea di delimitazione per tale riorganizzazione[34], nel rispetto dei limiti della competenza legislativa del Parlamento[35]. Sicché, sul punto, si sono formate differenti posizioni. Da un lato, stavano le resistenze di chi dubitava della costituzionalità dell'opzione autonomista volta a istituire la cd. Quinta magistratura[36]. Si temeva, cioè, che l'opzione fosse suscettibile di far venire meno quella «continuità di identità» delle Commissioni tributarie registratasi nel corso del tempo[37] e, perciò, di contravvenire al divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall'articolo 102, c. 2, Cost. Dall'altro, vi era chi sosteneva che gli organi di giustizia tributaria, una volta revisionati a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, traessero legittimazione solo da essa: ulteriori interventi e modifiche non avrebbero inciso sulla specialità della giurisdizione tributaria, essendo stata quest'ultima già espressamente integrata nel sistema costituzionale. Si tratta di quanto elaborato in dottrina in ordine ad una 'dissoluzione' del concetto di revisione di cui alla VI disp. trans. fin.[38].

In ragione degli opposti indirizzi, la relazione finale predisposta dalla Commissione presentava due soluzioni: l'una si arrestava davanti ad una maggiore specializzazione del giudice tributario, senza che ne fossero stravolti i connotati essenziali; l'altra propendeva per una compiuta specialità, con importanti novità rispetto al passato. Nonostante fosse prefigurata l'adozione di più leggi delega entro la fine dell'anno, tali alternative non hanno ottenuto immediato seguito. Ai lavori della Commissione interministeriale è infatti seguita l'istituzione di un Gruppo Tecnico Operativo col compito di predisporre uno schema normativo per la riforma della giustizia tributaria entro il 15 aprile 2022; il d.d.l. è stato infine presentato il 1° giugno 2022 (A.S. 2636).

È spettato così al Parlamento – chiamato «a conformarsi a un canone di razionalità costituzionale»[39] – il compito di comporre le diverse esigenze emerse[40]. La soluzione finale ha accolto l'opzione della specialità. Accanto alla modifica formale del cambio di denominazione delle Commissioni tributarie provinciali e regionali in Corti di giustizia tributarie di primo e secondo grado, è prevista un'importante modifica sostanziale: la giurisdizione tributaria viene ora esercitata da magistrati togati, assunti mediante concorso, cui spetta un trattamento economico parificato a quello dei magistrati ordinari. È stata inoltre

---

[33] Termine riconosciuto dalla Corte costituzionale come non perentorio (Corte cost. nn. 41/1957 e 17/1965).

[34] Corte cost. n. 144/1998, su cui, L. Antonini, *La Corte costituzionale e la VI disposizione transitoria e finale della Costituzione: ovvero la giurisprudenza tra l'incudine e il martello,* in *Giur. Cost.*, 3, 1998. In particolare, nell'ordinanza la Corte sostiene che «per le preesistenti giurisdizioni speciali, una volta che siano state assoggettate a revisione, non si crea una sorta di immodificabilità nella configurazione e nel funzionamento, né si consumano le potestà di intervento del legislatore ordinario; che questi conserva il normale potere di sopprimere ovvero di trasformare, di riordinare i giudici speciali, conservati ai sensi della VI disposizione transitoria, o di ristrutturarli nuovamente anche nel funzionamento e nella procedura, con il duplice limite di non snaturare (come elemento essenziale e caratterizzante la giurisprudenza speciale) le materie attribuite alla loro rispettiva competenza e di assicurare la conformità a Costituzione, fermo permanendo il principio che il divieto di giudici speciali non riguarda quelli preesistenti a Costituzione e mantenuti a seguito della loro revisione».

[35] Da ultimo, Corte cost. nn. 227/2016 e 60/2019.

[36] Ne dà atto la *Relazione finale della Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria*, spec. 59 e 78.

[37] L'espressione è di L. Antonini, *La Corte costituzionale e la VI disposizione transitoria e finale della Costituzione: ovvero la giurisprudenza tra l'incudine e il martello,* cit., 1951.

[38] In tal senso, E. Marello, *Riforme del processo tributario: il superamento del concetto di revisione,* in *Giur. Cost.,* 4, 1998, 2514 ss.

[39] G. Ragucci, *La giustizia tributaria rischia una duplice dipendenza culturale*, in *Il Sole 24 ore*, 11 maggio 2022.

[40] Ciò, sebbene inizialmente si fosse valutata la strada del decreto-legge. Sul punto, Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, *Fascicolo Iter DDL S. 2636*, 60.

costituita per legge una Sezione tributaria presso la Corte di Cassazione[41].

4. La riforma alla prova della condizionalità: un problema di sostenibilità costituzionale. Ricostruite le trame della riforma, è possibile svolgere alcune riflessioni relative al suo aspetto procedurale.

Innanzitutto, come si è visto, la revisione della giurisdizione tributaria è stata concepita all'interno del *PNRR*, che ha natura di procedimento euro-nazionale[42]. La stessa, perciò, ha dovuto tener conto sia delle richieste provenienti dalla dimensione sovranazionale, elaborate principalmente (seppur non esclusivamente) in funzione dello sviluppo del mercato comune[43], sia del tracciato storico-culturale che ha accompagnato l'evoluzione della giustizia tributaria nel corso degli anni, il quale largamente dipende dalle scelte di politica giudiziaria di tutela da approntare al contribuente (ora più orientate verso gli interessi fiscali dello Stato-amministrazione, ora invece tese verso un'effettiva tutela del soggetto chiamato a concorrere alle pubbliche spese[44]).

Ciò ha posto al legislatore un problema di sostenibilità costituzionale della riforma[45]. Quest'ultimo, infatti, è stato chiamato ad inverare norme costituzionali che non si limitano a delimitare il potere[46] delle giurisdizioni speciali ma sono volte ad orientarlo verso canoni di indipendenza e di effettività della tutela; ha dovuto, dunque, riorganizzare gli organi di giustizia tributaria per far sì che fossero espressione «dello stato e dell'evoluzione del sistema politico-istituzionale»[47] nei limiti posti dal diritto europeo. L'intercessione della dimensione sovranazionale ha assunto, nel caso di specie, le sembianze di un «giano bifronte»: se, da un lato, è stata occasione – da lungo tempo sperata – per procedere alla modifica delle Commissioni tributarie, dall'altro ne ha condizionato le sorti.

In tal senso, sono stati soprattutto la condizionalità del *Piano* e, con essa, il fattore temporale, a giocare un ruolo fondamentale nell'articolazione della riforma. Si è infatti corso il rischio che l'esigenza di *performance* prevalesse sulla qualità della novella legislativa[48]. Il termine del quarto trimestre del 2022 ha imposto di provvedere alla riforma con speditezza, stante l'esigenza di ottenere il pagamento della rate da parte dell'Unione; ciò, nonostante l'*impasse* precedente in cui versavano le ipotesi di riforma, che, come visto, nemmeno la Commissione interministeriale è riuscita a superare. Sarebbe stata quindi auspicabile un'ampia discussione parlamentare che non si è invece verificata[49].

Il Parlamento ha certamente recuperato una certa centralità nella definizione delle linee di

---

[41] In precedenza, la Sezione era stata istituita con decreto del Primo presidente della Corte del 19 giugno 1999.

[42] Per un maggior approfondimento, si v. G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la «fisarmonica» governativa,* cit.; D. De Lungo, *I rapporti fra PNRR e sistema delle fonti statali*, in *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 27.

[43] In aderenza all'originaria intenzione dei Paesi fondatori di CECA e CEE di preservare la sfera statale in materia di politica sociale. Per un maggior approfondimento sul punto, si v. S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Pol. Dir.*, 4, 2012, 544. Occorre tuttavia sottolineare che, sebbene la logica dominante del Next Generation EU risulta essere quella economico-finanziaria, la sua attuazione concorre indirettamente a generare fini di giustizia sociale e di tutela di diritti fondamentali all'interno di ciascun Stato membro. In tal senso, A. Apostoli, *La declinazione del principio di solidarietà nel PNRR*, cit., 168.

[44] Cfr. la *Relazione finale della Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria,* 30 giugno 2021, 5.

[45] Sul concetto di sostenibilità costituzionale qui brevemente ripreso si v., diffusamente, Q. Camerlengo, *La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi,* in *Consulta online,* 1, 2023.

[46] Su tali norme, si v., da ultimo, G. Silvestri, *Potere e Costituzione*, in *www.rivistaaic.it,* 2, 2023.

[47] V. Onida, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di Governo in Italia*, Bologna, 160.

[48] Lo sottolinea G. Della Cananea, *Problemi di tempi sul Pnrr,* in *Il foglio*, 7 luglio 2022.

[49] Per un maggior approfondimento in merito alla capacità del Piano di incidere sugli equilibri istituzionali, si v. N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, cit.

intervento, di cui sono indicative le integrazioni parlamentari al testo governativo[50] (sebbene la discussione del disegno di legge sia proceduta in regime di *prorogatio* della XVIII legislatura[51]); nondimeno, tale centralità si è data a margine dei lavori svolti negli organi tecnici (Commissione interministeriale e Gruppo Tecnico operativo), che, secondo la dottrina, hanno soppiantato il necessario confronto parlamentare con operatori e studiosi del settore[52]. Perciò, se si è accolto positivamente l'utilizzo dello strumento della legge per la realizzazione dell'intervento riformatore – l'allora Ministro della Giustizia, Marta Cartabia, sottolineava come ciò avesse permesso di riallacciare il legame esistente tra l'Assemblea e un settore che è «a cuore della ragion d'essere della democrazia rappresentativa»[53] – con un cambio di rotta rispetto ai primi interventi attuativi del piano, avvenuti con decreti legge e decreti legislativi[54], resta che l'impulso e la definizione della riforma a grandi linee sono provenuti dall'organo esecutivo. Quest'ultimo, in più, ha agito sulla base di un indirizzo politico «eteronomo», non imputabile al solo decisore politico nazionale ma in larga parte determinato dalle istituzioni eurounitarie[55]. Ciò, in ragione sia delle dinamiche istituzionali di lungo periodo legate alla torsione della forma di governo[56], sia di quelle derivanti dalla progressiva integrazione tra forma di governo italiana e forma di governo europea[57]. In particolare, i partiti quali strumenti di composizione dei conflitti si sono rivelati incapaci di sostenere un ampio e compiuto dibattito sulla riforma di una giurisdizione ancora in cerca di una conferma sulla propria identità. Di conseguenza, il Parlamento, da tempo sottoposto ad una progressiva marginalizzazione a favore dell'azione del Governo[58], è apparso remissivo con riferimento ad un tema, quello della fiscalità, che risulta invece primario sia nella definizione del rapporto tra governati e governanti[59], sia nell'assolvimento dei compiti dello Stato sociale, stante l'interdipendenza tra le risorse finanziarie e i diritti[60].

5. Alcune prime conclusioni sul merito della riforma. Quanto rilevato in ordine agli

[50] Tra le più rilevanti: il cambio di denominazione delle Commissioni in Corti; l'aggiunta, tra i requisiti per l'ammissione al concorso per esami, del diploma di laurea magistrale in Scienze dell'economia (classe LM-56) o in Scienze economico-aziendali (classe LM-77) o di titoli degli ordinamenti previgenti a questi equiparati accanto al diploma di laurea in giurisprudenza (classe LMG-01); la previsione di un tirocinio formativo per i magistrati tributari nominati a seguito del concorso.

[51] Anzi, è stata proprio la peculiare situazione d'emergenza a far registrare una tendenza espansiva dell'attività parlamentare. Cfr. A. Carboni, *I riflessi del PNRR sul diritto e la prassi parlamentare*, in D. De Lungo, F. Saverio Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 68 ss.

[52] Sulla mancanza di un adeguato confronto, si v. A. Carinci, F. Pistolesi, *Prefazione,* in A. Carinci, F. Pistolesi (a cura di), *La riforma della giustizia e del processo tributario,* cit.

[53] Così si è espressa in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario tributario 2022.

[54] D. De Lungo, *I rapporti fra PNRR e sistema delle fonti statali*, cit., 29.

[55] *Ivi*, 27.

[56] Si v., sul punto, F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022.

[57] Per un maggior approfondimento, si v., N. Lupo, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita",* in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo, Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Napoli, 2020, 162 ss.

[58] Cfr. G. Tarli Barbieri, *Gli sviluppi della forma di governo sotto la lente del PNRR*, in D. De Lungo, F. Saverio Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 80 ss.; A. Sciortino, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?,* in *Federalismi.it,* 18, 2021, 250 ss. Per una riflessione più generale sulla crisi dei partiti e sulla marginalizzazione del Parlamento, M.G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione,* in *Nomos*, 3, 2021, spec. 6 ss.

[59] In tal senso, è stato osservato che «il costituzionalismo trova la sua – ancorché non esclusiva, ma senz'altro essenziale – ragion d'essere, sul piano storico-istituzionale, nel "potere temibile: il potere di votare l'imposta"». M. Bertolissi, *Fiscalità, diritti, libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, 2015, 2 ss.

[60] Cfr., L. Antonini, *La felicità pubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili*, cit., 26 ss.

effetti degli influssi europei sulle dinamiche interne, ha determinato, sul piano contenutistico, una riforma incompiuta. Sebbene il PNRR abbia impresso una svolta considerevole all'annoso problema della giustizia tributaria, le dinamiche sopra descritte hanno compresso i tempi necessari al raggiungimento di una piena e condivisa maturità culturale attorno all'intervento legislativo, con importanti conseguenze sul piano della sua portata. Benché la modifica raggiunga il traguardo della professionalizzazione del giudice tributario, essa non ha estromesso il MEF dalla gestione e dall'organizzazione della giurisdizione tributaria[61], lasciando irrisolto, almeno in parte, il problema dell'indipendenza. Ai «nuovi» magistrati tributari – che esercitano le proprie funzioni assieme ai già esistenti giudici tributari onorari, i quali restano sottoposti alla precedente disciplina – è, inoltre, preclusa la possibilità di accedere all'organo che esercita la funzione nomofilattica e, dunque, di contribuire al miglioramento degli orientamenti giurisprudenziali di vertice[62]. È con riferimento a questi due profili che si è espresso il rischio di una «duplice dipendenza culturale», capace di rendere il giudice tributario un giudice ancora appartenente ad una magistratura «minore»[63]. Una nota stonata, nel pur migliorato quadro della disciplina, che attesta l'incapacità di superare le precedenti ritrosie radicate in un'ideologica superiorità dell'Erario e nella scarsa considerazione dei diritti del soggetto sottoposto a imposizione[64]. Con il risultato di una permanente frizione nel rapporto tra Stato e contribuente, anche in ragione del nesso biunivoco esistente tra un'adeguata organizzazione delle funzioni di garanzia e la loro legittimazione democratica, capace di incidere sulla fiducia che i consociati riversano verso l'istituzione statale e i suoi organi[65].

Basti pensare, a chiosa della riflessione che si è svolta, che la disciplina di cui al d.lgs. n. 545/1992, a seguito delle modifiche introdotte della l. n. 130/2022, continua a destare dubbi con riferimento al profilo dell'indipendenza sia al livello interno sia al livello sovranazionale. Sulla stessa pendono, infatti, tre questioni di legittimità costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale[66] e una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia[67].

Sembra, come rilevato da Franco Gallo, che il «tragitto costituzionale» lungo cui si pone la riforma non sia ancora concluso[68]; lo stesso appare tuttora, per certi versi, impervio. L'originaria scelta dei Costituenti di tralasciare la giurisdizione tributaria negli articoli dedicati

---

[61] Tra gli altri, Franco Gallo sostiene che l'attribuzione del potere di gestione e organizzazione dei giudici tributari alla Presidenza del Consiglio dei ministri o al Ministro della Giustizia è il primo passo da compiere per il consolidamento del giudice speciale. Cfr. F. Gallo, *Introduzione*, in M. Basilavecchia, *No Man's land. La giustizia tributaria verso la Costituzione*, Milano, 2023, 7. Da ultimo, inoltre, il Consigliere CNF Minervini, che coordina la Commissione di studi di diritto tributario del Consiglio nazionale forense, ha sottolineato che «l'introduzione del giudice togato a tempo pieno […] è coerente con il rispetto dei valori costituzionali dell'indipendenza e imparzialità del giudice tributario, ma ciò solo se la nuova magistratura tributaria sia sottratta nell'organizzazione al ministero dell'Economia e delle finanze, 'parte sostanziale' del processo tributario. Sul punto è auspicabile un ripensamento e, quindi, il passaggio alla presidenza del Consiglio dei ministri o, meglio, al ministero della Giustizia», G. Gremolizzi, *Bene il giudice tributario, adesso il Mef faccia in fretta con i concorsi*, in *Il Sole 24 ore*, 13 novembre 2023.

[62] Cfr. A. Giovanardi, *PNRR e riforme fiscali*, in D. De Lungo, F. Saverio Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 276.

[63] G. Ragucci, *La giustizia tributaria rischia una duplice dipendenza culturale*, cit.

[64] In linea con quanto accadeva nella precedente disciplina. Sul punto, si v. F. Moschetti, *Il "principio democratico" sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva*, in *Riv. dir. trib.*, 7-8, 2011, 741.

[65] Cfr. L. Ferrajoli, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione giustizia,* 4, 2009, 18.

[66] CGT di I grado Venezia, ordinanza 31 ottobre 2022, n. 144; CGT di II grado Lombardia, ordinanza 21 dicembre 2022, n. 50; CGT di I grado Messina, ordinanza 4 agosto 2023, n. 128. Per un approfondimento circa la possibilità di impugnare una legge o un atto avente forza di legge attuativi del PNRR dinnanzi alla Corte costituzionale, si v. D. De Lungo, *I rapporti fra PNRR e sistema delle fonti statali*, cit., 38 e ss.

[67] CGT di II grado Lazio, ordinanza 11 aprile 2023, n. 660.

[68] F. Gallo, *Prime osservazioni sul nuovo giudice speciale tributario,* in *Astrid-online.it,* 4.

all'assetto giurisdizionale, che trovava giustificazione nelle contingenze, anche culturali, di quel tempo – il suo carattere succedaneo rispetto alla giurisdizione civile, l'originaria incertezza circa la sua natura e, non per ultimo, l'ancora umbratile funzione esercitata[69] –, non può portare oggi a soprassedere sul ruolo nodale che questa ha assunto nel corso degli anni. Una centralità che fonda l'esigenza, ancora presente, di una disciplina legislativa quanto più adeguata possibile in termini di garanzie costituzionali.

Abstract. Con la l. n. 130/2022 si è finalmente realizzata la riforma della giustizia tributaria: la stessa, attesa da anni, è stata inserita tra i traguardi del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, che, come noto, viene finanziato per il tramite delle risorse del *Next Generation EU*. Ciò ha determinato un intreccio tra il versante culturale interno della riforma e le richieste dell'Unione, tra fattori di natura endogena e fattori di natura esogena: da un lato, la specialità che connota la tutela giurisdizionale tributaria italiana, che afferisce al piano costituzionale; dall'altro, le ragioni economiche e di mercato sottostanti alle istanze europee. L'intervento si propone di analizzare questo doppio apporto (nazionale e sovranazionale) alla modifica della precedente disciplina degli organi di giustizia tributaria contenuta nel d.lgs. n. 545/1992. Si renderà a tal fine necessario valutare i presupposti costituzionali di riforma, l'iter che ha condotto alla sua adozione e le innovazioni contenutistiche apportate. Il fine ultimo sarà quello di indagare la complessità di una trasformazione che non appare ancora completa.

Abstract. The reform of tax justice has finally been carried out by law no. 130/2022: the same, long waited, has in fact been fulfilled thanks to the *National Recovery and Resilience Plan*, which is financed by the *Next Generation EU*. This has led to a link between the internal cultural side of the reform and the demands of the Union, between endogenous and exogenous factors: on the one hand, the specialty of the Italian tax justice, which pertains to the national constitutional plan; on the other hand, the economic reasons underlying the European requests. The intervention aims to analyze this double contribution (national and supranational) to the amendment of the previous regulations of the Tax courts stated by Legislative decree no. 545/1992. To this end, it will be necessary to assess the constitutional preconditions for reform, the process leading to its adoption and the innovations in its content. The objective will therefore be to investigate the complexity of a transformation that does not yet seem to be complete.

Parole chiave. Riforma – giustizia tributaria – *PNRR* – condizionalità – cultura costituzionale.

Key words. Reform – tax justice – *PNRR* – conditionality – constitutional culture.

[69] Cfr. M. Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario*, Torino, 2009, 7 ss.; Id. *No Man's land*, cit., 19 ss.

LA LEALE COOPERAZIONE COME MEZZO PER SUPERARE LE CRISI E STRUMENTO PER PROMUOVERE UNA VISIONE CONDIVISA DEL FUTURO DELL'UE*

di Emanuela De Falco**

«I suoi [dell'UE] principi fondamentali sono:
la competizione che stimola, la cooperazione che rafforza,
la solidarietà che unisce»[1].

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della leale collaborazione: dalle radici ai principi. – 3. La leale cooperazione e il rapporto con la solidarietà nella consuetudine istituzionale dell'Unione europea. – 4. Comprendere la leale cooperazione e la solidarietà in tempi di crisi. – 4.1. La leale cooperazione e la solidarietà nella politica energetica. – 4.2. Il principio di leale cooperazione nel bilanciamento tra tutela dei valori e concorrenza. – 5. Il dovere di leale cooperazione e l'esigenza di unità della rappresentanza esterna. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione. Riferendosi all'anima europea, il Vertice dell'Aja nel 1969 espresse l'urgenza di «creare un'Europa che uni[sse] in sé gli Stati i cui interessi essenziali concordino, salve restando le particolarità nazionali; un'Europa cosciente della propria coesione, fedele alle amicizie esterne, consapevole dei compiti che l'attendono per promuovere la distensione internazionale, la comprensione fra i popoli, in primo luogo tra quelli dell'intero continente europeo»[2].

Negli ultimi tempi, l'Unione e i suoi Stati membri si sono trovati ad affrontare sempre più situazioni di emergenza globale, la cui risposta, in linea di principio, dovrebbe richiedere una maggiore unità tra gli attori dell'UE. Questi eventi includono la crisi economica e finanziaria, il terrorismo internazionale e le minacce significative alla pace e alla sicurezza (ad esempio, la guerra in corso in Ucraina e nel Medio Oriente), le emergenze derivanti dalla pandemia e dal cambiamento climatico e le conseguenze umanitarie del massiccio afflusso di migrazioni internazionali. Tali scenari hanno anche contribuito al levarsi di narrazioni a sostegno di una più forte protezione degli interessi nazionali, queste hanno infatti concorso a mettere in tensione il sistema di *governance* sovranazionale, la coesione tra gli Stati membri e l'autocoscienza europea[3].

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in EU Law and Circular Economy – Università degli Studi di Padova e degli Studi di Napoli Parthenope.

[1] Un richiamo alle parole di J. Delors nell'intervista *L'Europe: «la compétition stimule, la coopération renforce, la solidarité unit»*, 7 ottobre 2008, https://www.xn--cfdt-retraits-mhb.fr/, [testo tradotto].

[2] G. Lica, *L'identità europea*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 43, 2 (170), 1976, 296.

[3] M. Cotta, *Un'altra Europa è possibile*, Bologna, 2017, 28.

Malgrado l'Unione si trovi ad affrontare una «crisi esistenziale»[4] è innegabile che il processo di integrazione non si è interrotto e l'integrazione rappresenta ancora uno degli obiettivi principali della cooperazione europea[5]. Invero, conformemente al modello di una «Unione sempre più stretta»[6], l'ordinamento giuridico dell'UE e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri si integrano progressivamente, dando vita ad uno spazio giuridico comune in espansione[7].

Si pone, allora, la questione se gli obblighi di leale cooperazione sanciti dall'art. 4, par. 3, TUE possano e debbano essere oggetto di adattamenti in situazioni di emergenza, portando così a riformulare il paradigma generale di interazione tra gli interessi dell'Unione e quelli degli Stati membri. La risposta a questa domanda non può ignorare la circostanza che gli scenari di crisi nel quadro giuridico post-Lisbona comportano spesso doveri di solidarietà per gli Stati membri e l'Unione. Più precisamente, i Trattati riconoscono espressamente che uno «spirito»[8] di solidarietà dovrebbe guidare il modo in cui le politiche vengono elaborate e attuate in determinati ambiti del diritto dell'Unione[9].

Il punto di partenza del presente contributo muove da una riflessione attorno al principio di leale cooperazione quale presupposto di integrazione e mezzo atto a perseguire l'interesse dell'Unione. Ciò che si intende considerare in questa sede è innanzitutto come il predetto principio opera in un'Unione investita da molteplici crisi[10], attraverso un'indagine che coinvolge alcuni dei maggiori settori coinvolti nell'attuale scenario, quali – tra gli altri – quello

---

[4] Per prendere in prestito le parole dell'ex presidente della Commissione Juncker, cfr. J. C. Juncker, *State of the Union 2016,* Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2016, 6.

[5] Per una corrispondente definizione dell'Unione europea da parte degli studiosi del diritto, cfr. J. H. H. Weiler, *The transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1991, 2403-2483; L. S. Rossi, *A new revision of the EU treaties after Lisbon?*, in L. S. Rossi, F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon – Amending or coping with the existing treaties?*, Cham, 2014, 6; M. P. Maduro, M. Wind, *The transformation of Europe – Twenty-five years on*, Cambridge, 2017.

[6] L'espressione è la traduzione di *«ever closer union»* contenuta nell'art. 1, par. 2, TUE. Da quando i creatori dei Trattati di Roma hanno espresso la volontà di «gettare le basi di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei», questa formula viene utilizzata per illustrare l'Unione e l'integrazione europea come un processo. Sul punto, si rinvia alla trattazione più esaustiva di H.-J. Blanke, *Article 1*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU)*, Heidelberg, 58-60 e referenze ivi riportate.

[7] P. Pescatore, *Le droit de l'integration – émergence d'un phénompne nouveau dans les relations internationals selon l'expèrience des Communautés européennes*, Bruxelles, 2005.

[8] L'art. 122 TFUE prevede, infatti che «1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. 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. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa».

[9] Vale a dire, (1) dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia *ex* art. 67 TFUE, soprattutto per quanto riguarda le frontiere controlli, asilo e immigrazione (art. 80 TFUE) in cui è più probabile che si verifichino situazioni di crisi e di emergenza, (2) l'intervento dell'UE nel quadro della politica economica dell'UE a favore degli Stati membri in difficoltà o minacciati di gravi difficoltà (art. 122 TFUE), (3) la politica energetica dell'UE al fine di affrontare potenziali crisi energetiche negli Stati membri causate da cause politiche esterne o di altro tipo (art. 194 TFUE), e (4) l'azione dell'UE e degli Stati membri quando uno Stato membro subisce un attacco terroristico o è colpito da una calamità naturale o provocata dall'uomo (art. 222 TFUE).

[10] È innegabile lo «shock simmetrico» generato dalla crisi pandemica, che ha messo a dura prova l'Unione europea, colpendo indistintamente tutti gli Stati membri. Diversamente, la crisi finanziaria-economica del 2008/2009 ha avuto invece un impatto asimmetrico. Si rinvia a P. Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenze, tecnologia*, in *Consulta Online*, 2020. *Mutatis mutandis* anche la crisi geopolitica ed energetica conseguenza dello scoppio della guerra in Ucraina a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina, fino alla guerra tra Israele e Hamas, alla guerra civile in Libia, alla destabilizzazione del Medio Oriente e di gran parte dell'Africa.

della politica energetica e delle relazioni esterne.
Inoltre, sebbene, da un lato, il profilarsi dello scenario emergenziale ha consentito agli Stati membri di poter beneficiare di consistenti finanziamenti e prestiti tramite il *Next Generation EU* e, in particolare, il *Recovery Plan*[11]; dall'altro lato, si vedrà come il principio di leale cooperazione e la solidarietà interagiscono nel perseguire una ripresa economica e sostenibile[12] per l'Unione europea, che passi per processi di armonizzazione che abbiano come scopo il bilanciamento tra l'integrità del mercato unico dunque la concorrenza e il rispetto degli obiettivi e dei valori comuni[13].
Questa circostanza rende quindi necessario esplorare la relazione tra principio di leale cooperazione e la solidarietà[14].

2. L'evoluzione della leale collaborazione: dalle radici ai principi. Preliminarmente, occorre soffermarsi sul principio di leale cooperazione. Sancito nel diritto primario dell'UE, in particolare nell'art. 4, par. 3, TUE[15] esso è espressione della *fidelité communautaire*[16], poi divenuto nel tempo una vera e propria pietra angolare dell'ordinamento giuridico dell'Unione[17]. Non solo è riconosciuto tra i principi ovvero valori fondamentali dell'UE[18],

[11] Reg. UE 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 (NGEU), in *GUUE L 433I*; Reg. UE n. 241/2021 del Parlamento e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in G.U. n. L 57 del 18 febbraio 2021. Per un'analisi dettagliata degli strumenti dal punto di vista normativo e del loro funzionamento, v. tra gli altri F. Fabbrini, *Next Generation Eu: Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, doi:10.1017/cel.2022.2.
[12] M. Pennasilico, *Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*, in *Persona e Mercato*, 2021/4; nello specifico l'A. fa riferimento ad un uso responsabile delle risorse naturali, che rientra negli obiettivi delineati dall'art. 169 TFUE, cioè accostando la protezione economica dei consumatori a quella dei valori.
[13] È importante evitare, che l'implementazione di politiche estremamente flessibili e l'uso di sovvenzioni finanziarie possano nel medio-lungo periodo frammentare la coesione e l'integrità del mercato interno, dato il diverso spazio fiscale degli Stati membri. Cfr. F. R. Dal Pozzo, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus*, 4, 21. Inoltre, si segnala che nel quadro di valutazione 2022 pubblicato il 24 aprile 2023, emerge come nel 2021 i livelli di aiuti di Stato sono rimasti elevati per far fronte agli effetti economici della pandemia. Sulla necessità di un cambio di rotta G. B. Navaretti, *Perché bilanciare il mercato unico*, in *La Repubblica*, 13 febbraio 2023. Di conseguenza qualsiasi eventuale allentamento di tali misure deve essere mirato e ponderato e le misure nazionali devono essere coerenti con gli strumenti comuni. Sul punto, M. Buti, *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempi di crisi*, Milano, 250; C. Schepisi, *Aiuti di Stato … o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2021, 136 ss.
[14] Sull'interazione tra lealtà e solidarietà, cfr. M. Klamert, *Loyalität und Solidarität in der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 70, 2015, 265-286.
[15] È possibile rinvenire ulteriori riferimenti espliciti alla lealtà negli artt. 13, par. 2 e 24, par. 3 TUE riguardanti rispettivamente la cooperazione tra le istituzioni dell'UE e il sostegno degli Stati membri alla politica estera e di sicurezza comune. Una manifestazione concreta di un dovere più generale di lealtà degli Stati membri nei confronti dell'Unione può rinvenirsi anche negli artt. 344 e 351, par. 2, TFUE, v. Corte Giust., sent. 30 maggio 2006, *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, punto 169; Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 22 maggio 2003, causa C-216/01, *Budvar*, ECLI:EU:C:2003:302, punto 150.
[16] F. Casolari, *La leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 21 e ss.
[17] M. Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté,* Parigi, 1994, 1; L. Azoulai, *Appartenir à l'Union–Liens institutionnels et liens de confiance dans les relations entre États membres*, in C. Mestre *et al.* (a cura di), *Retrouvez Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles, 2015, 32; B. Guastaferro, *Sincere cooperation and respect for national identities*, in R. Schütze, T. Tridimas (a cura di), *Oxford principles of the European Union. Volume I: The European Union legal order,* Oxford, 2018, 354.
[18] A. von Bogdandy, *Constitutional principles*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of European constitutional law,* Oxford, 2013, 49-51; M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford, 2014; A. Gerbrandy, M. Scholten, *Core values: Tensions and balances in the EU shared legal order*, in A. den Brink *et al.* (a cura di), *Sovereignty*

esso è stato altresì qualificato come il più importante principio generale del diritto comunitario[19]. Ciò deriva anzitutto dalla sua struttura interna; esso rispecchia perfettamente la natura multilivello dell'ordinamento giuridico dell'UE poiché le sue radici possono essere individuate in ambiti internazionali, sovranazionali[20] e nel diritto locale, in particolare negli ordinamenti ispirati a modelli federali[21]. È stato sostenuto, più specificatamente, che esso trae origine dal principio di buona fede del diritto internazionale[22] nonché dal *pacta sunt servanda* contenuto nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969[23]. Lo scopo rappresentato dall'adempimento degli obiettivi e degli obblighi dell'UE illustra l'importanza del principio per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico europeo. Il suo ruolo sostanziale nel processo di integrazione europea si rivela principalmente dalla sua interconnessione con gli altri principi strutturali dell'ordinamento giuridico dell'UE, vale a dire il primato del diritto dell'UE[24], l'effetto diretto[25] e il principio dell'effetto utile[26]. Invero, la Corte di giustizia ha riconosciuto altresì il nesso tra la leale cooperazione[27] ed i valori fondamentali dell'UE *ex* art. 2 TUE, nella misura in cui l'allora Comunità, oggi Unione europea è essenzialmente una Comunità di diritto[28]. Per vero, la giurisprudenza granitica della Corte di giustizia ha deposto

in the shared legal order of the EU – Core values of regulation and enforcement, Cambridge, 2015, 20; T. Roes, *Limits to loyalty. The relevance of Article 4(3) TEU*, in *Cahiers de droit européen,* 2016, 256.

[19] T. Lang, *Article 10 EC – The most important 'general principle' of community law*, in U. Bernitz *et al.* (a cura di), *General principles of EC law in a process of development*, L'Aia, 2008, 75-113.

[20] D. Halberstam, *Of power and responsibility: The political morality of federal systems*, in *Virginia Law Review*, 90, 2004, 734.

[21] M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, cit., 47-61.

[22] Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák dell'8 maggio 2008, causa C-203/07 P, *Grecia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2008:270, punto 33 e nota corrispondente, in cui si afferma che è riconosciuto come la buona fede rafforzata sembri riflettersi almeno implicitamente nell'obbligo di leale cooperazione contenuto nell'art. 10 CE [ora art. 4, par. 3, TUE].

[23] In proposito, si vedano M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, cit., 46; G. De Baere, T. Roes, *EU loyalty as good faith*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 64, 2015, 829-874; T. Roes, *Limits to loyalty. The relevance of Article 4(3) TEU*, cit., 268.

[24] Sul primato v. Corte Giust., sent. 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, causa 6/64, ECLI:EU:C:1964:66; per quanto riguarda la dottrina dell'interpretazione conforme v. Corte Giust., sent. 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann*, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, punto 26.

[25] Corte Giust., sent. 19 giugno 1990, *Factortame*, causa C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, punto 19.

[26] E. Neframi, *The duty of loyalty: Rethinking its scope through its application in the field of EU external relations*, in *Common Market Law Review*, 47, 2010, 359.

[27] Inizialmente non previsto dai trattati, il principio di leale collaborazione è stato identificato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Questa identificazione si basava sull'art. 10 del Trattato CE, che imponeva agli Stati membri l'obbligo di collaborare lealmente con la Comunità. Un esempio di applicazione di questo principio si trova in Corte Giust., sent. 30 marzo 1995, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa C-65/93, nella quale la Corte ha esaminato il comportamento poco collaborativo del Parlamento europeo in risposta a una richiesta di parere da parte del Consiglio. In dottrina, si veda F. Casolari, *La leale cooperazione,* cit., 232.

[28] Ivi, 22. Casolari sottolinea come «il riferimento alla Comunità di diritto esprime poi l'ulteriore esigenza, ormai cristallizzata nell'art. 13, par. 2, TUE che anche le istituzioni dell'Unione attuino tra di loro una leale cooperazione, nel rispetto delle relative competenze e, più in generale, dell'equilibrio istituzionale che ne deriva». In linea generale, il termine Comunità di diritto fu reso celebre per la prima volta da Walter Hallstein nel 1960, successivamente fu ripreso dalla Corte di giustizia, nella storica sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento europeo*, causa C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, diventando in breve tempo un elemento essenziale della dottrina del diritto dell'Unione. W. Hallstein, *Europäische Reden*, 1979, 343 e 344. Si veda la traduzione di T. Von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ,* in *Fordham International Law Journal*, 37/5, 2014, 1312 e 1313. In: https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2355&context=ilj. Per vero i trattati istitutivi dell'UE, a differenza dei trattati internazionali, hanno fondato un nuovo ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, i quali hanno limitato parte della loro sovranità, in ambiti sempre più ampi, e i cui soggetti comprendono non solo tali Stati membri ma anche i loro cittadini. Cfr. Corte Giust., ordinanza del 13 luglio 1990, *J.J. Zwartveld e altri*, causa C-2/88, ECLI:EU:C:1990:315, punto 15; sent. 5 febbraio

a favore della specifica importanza sistemica dell'art. 4, par. 3, TUE[29]. Tale disposizione può considerarsi contenente principi[30], questi strettamente correlati a quanto stabilito *ex* art. 5 TUE, che regolano le interazioni tra l'Unione e gli ordinamenti giuridici nazionali, contribuendo al passaggio dallo status di Stati sovrani a quello di Stati membri. Infatti il principio impone agli Stati membri «l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione»[31], al fine di garantire il conseguimento dei suoi obiettivi[32] e il rispetto degli obblighi da essa definiti, così da preservare i valori comuni su cui si fonda l'Unione stessa[33].

3. La leale cooperazione e il rapporto con la solidarietà nella consuetudine istituzionale dell'Unione europea. Venendo ora all'interazione tra leale cooperazione e solidarietà, essa non è affatto una novità nel processo di integrazione europea. Il concetto di solidarietà è stato considerato fin dall'inizio come parte essenziale dell'idea di Europa[34]. Ai

1963, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, in *Raccolta*, 23; sent. 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, cit.; parere del 18 dicembre 2014, *Accesso dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, n. 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454; parere dell'8 marzo 2011, n. 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

[29] Tesauro ebbe a definirlo come la «vera chiave d'interpretazione dell'intero sistema». V. Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, ECLI:EU:C:1990:216, punto 14; si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 9 gennaio 2019, causa C-620/16, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2019:3, punto 88, nelle quali l'art. 4, par. 3, TUE viene associato ad una «disposizione di fondamentale importanza per l'ordinamento giuridico dell'Unione».

[30] H.-J. Blanke, *Article 4*, *The Treaty on European Union,* cit., 187 ss. Si sostiene, infatti, una stretta correlazione con gli artt. 2, 3 e 5 TUE. Nel loro insieme queste disposizioni mirano a conciliare all'interno dell'Unione, da un lato, le forze centripete del programma di integrazione che sono fondate su valori comuni e, dall'altro lato, le forze centrifughe che si dirigono verso l'autonomia e la differenziazione nazionale. Inoltre, la Corte di giustizia ha utilizzato il principio di leale cooperazione come base per stabilire l'inderogabilità dei principi di libertà, di democrazia, nonché del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto «fondamento dell'Unione» [cfr. F. Casolari, *La leale cooperazione,* 23 ss. Oltre a ribadire che la funzione giurisdizionale affidata alla Corte costituisce «una garanzia costituzionale che fa parte dei fondamenti stessi della Comunità». Corte Giust., sent. 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punti 290 e 303], *melius* elementi che si includono in un «composto costituzionale pluralistico che non è caratterizzato da un ordine gerarchico», ma dalla cooperazione, che contribuisce a preservarli.

[31] Corte Giust., sent. 6 marzo 2018, *Achmea*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punto 34.

[32] Vanno rammentate le posizioni della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 5 Trattato CEE che insieme all'impulso di Spinelli dato al Parlamento europeo, hanno dato vita all'adozione del Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea (1984), il cui art. 13 prevedeva, infatti, in termini generali, la necessità che l'«Unione e gli Stati membri coopera[ssero] in uno spirito di reciproca fiducia per l'applicazione del diritto dell'Unione» [*GUCE* C 77, del 19 marzo 1984, 33 ss.]. Si rinvia alla giurisprudenza della Corte Giust., sent. 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH*, causa 78/70, ECLI:EU:C:1971:59, punto 5; sent. 10 febbraio 1983, *Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo,* causa 230/81, ECLI:EU:C:1983:32, punto 37; sent. 15 gennaio 1986, *Hurd*, causa 44/84, ECLI:EU:C:1986:2, punto 38. Per un maggiore approfondimento, si rimanda a F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 45 ss.

[33] Si legge che «[i]l diritto dell'Unione poggia […] sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'art. 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. È proprio in tale contesto che spetta agli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'art. 4, par. 3, c. 1, TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione». Corte Giust., *Achmea*, cit., punto 34.

[34] Cfr. P. H. Spaak., *"The Need for European Solidarity", speech delivered by the Belgian Prime Minister Paul-Henri Spaak on 13 March 1948*, 1948, http://www.cvce.eu; Dichiarazione di Schuman, 1950, https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-204-en.pdf; *Reflection group project Europe 2030 – Challenges and*

fini attuali basterà risalire alla causa *Commissione c. Francia* del 1969, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che «la solidarietà […] è alla base […] dell'intero sistema comunitario secondo l'impegno previsto dall'art. 5 del Trattato CEE [ora art. 4, paragrafo 3, TUE]»[35]. Per la Corte di giustizia solidarietà e leale cooperazione sono indi intrinsecamente connesse. Detto questo, è d'uopo specificare l'esatta natura di tale collegamento. Ciò assume particolare rilevanza se si considera lo sviluppo del concetto di solidarietà nella struttura dell'Unione post-Lisbona, che ha acquisito uno statuto molteplice (e piuttosto complesso)[36].

La solidarietà è sovente considerata un principio costituzionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea[37]. Benché questa soluzione possa essere considerata in linea con il quadro giuridico dei Trattati, poiché l'art. 21 TUE elenca espressamente il principio di solidarietà tra i principi che hanno ispirato la creazione dell'UE, le molteplici funzioni insite nel concetto di solidarietà rendono difficile definire l'esatto status giuridico del principio corrispondente[38].

Più precisamente, si può asserire che il concetto giuridico di solidarietà svolge almeno tre funzioni nel diritto contemporaneo dell'UE. Innanzitutto, come esplicitamente affermato nelle premesse dei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la solidarietà ricopre il ruolo di valore fondamentale dell'Unione. L'art. 2 TUE specifica inoltre che la solidarietà è una componente intrinseca della organizzazione degli Stati membri. In secondo luogo, la solidarietà è uno degli obiettivi dell'azione dell'Unione di cui all'art. 3 TUE. In entrambi i casi, la solidarietà è intesa principalmente come una forma di responsabilità condivisa, una comunione di interessi, coesione e unità. Essa può riferirsi sia all'interazione tra gli attori istituzionali dell'UE, da un lato, che alla posizione degli individui nella società o meglio nell'Unione[39], dall'altro. Nel primo caso, la solidarietà riflette essenzialmente il livello di integrazione politica che l'ordinamento sovranazionale ha raggiunto o dovrebbe mirare a raggiungere. Qui occorre fare una distinzione tra solidarietà di fatto e solidarietà normativa. Mentre la prima si pone su un'interdipendenza di fatto tra gli attori dell'UE, in particolare tra gli Stati membri, la seconda implica l'esistenza di obblighi giuridici specifici per raggiungere obiettivi comuni e/o per proteggere interessi collettivi[40]. Tale significato di solidarietà è applicabile finanche nel diritto internazionale[41], anche se resta fermo il dato che il livello di

opportunities, report to the European Council, maggio 2010, 13 e 14. In dottrina, si rinvia ad A. M. Oliva, *Solidarité et construction européenne*, in J. C. Beguin *et al.* (a cura di), *La solidarité en droit public*, Parigi, 2005, 65-96; S. Stjernø, *Solidarity in Europe: The history of an idea*, Cambridge, 2005; M. Ross, *Solidarity – A new constitutional paradigm for the EU?*, in M. Ross, Y. Bourgmann-Prebil (a cura di), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, 23-45; C. Boutayeb, *La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne – éléments pour une théorie*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – éléments constitutionnels et matériels*, Parigi, 2011, 5-37.

[35] Corte Giust., sent. 10 dicembre 1969, *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, cause 6/69 e 11/69, ECLI:EU:C:1969:8, punto 16.

[36] Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 6 settembre 2017, cause C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2017:618, punti 17-21.

[37] Si veda, a questo proposito M. Ross, *Solidarity – A new constitutional paradigm for the EU?*, cit.; A. Levade, *La valeur constitutionnelle du principe de solidarité*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – éléments constitutionnels et matériels*, Parigi, 2011, 41-52; E. Dagilyte, *Solidarity: A general principle of EU law? Two variations on the solidarity theme*, in A. Biondi *et al.* (a cura di), *Solidarity in EU law – Legal principle in the making,* Massachusetts, 2018, 61-90; Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 26 ottobre 2012, causa C-370/12, *Pringle c. Governo irlandese*, ECLI:EU:C:2012:675, punti 142-144.

[38] A. Berramdane, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – Éléments constitutionnels et matériels,* Parigi, 2011, 67.

[39] T. Tridimas, *The general principles of EU law*, Oxford, 2006, 16.

[40] V. Borger, *How the debt crisis exposes the development of solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review,* 9, 2013, 10 e 11.

[41] Ad esempio, l'esperto indipendente delle Nazioni Unite sui diritti umani e la solidarietà internazionale ha affermato che «[la] solidarietà internazionale e la cooperazione internazionale si basano sul fondamento della

solidarietà raggiunto attraverso il processo di integrazione europea è lungi dall'essere replicato in altri paesi a livello di organizzazione internazionale[42]. Nel secondo caso, la solidarietà va oltre, in quanto richiede agli individui di partecipare pienamente e attivamente alla società in cui vivono. Ciò spiega perché il termine «solidarietà» figura anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, laddove identifica un insieme specifico di diritti sociali che gli Stati membri e l'Unione devono garantire, nell'attuazione del diritto dell'UE[43]. In questo senso, l'uso del termine solidarietà all'interno della Carta sostiene l'idea che la Comunità europea deve garantire che tutti i bisogni fondamentali degli individui siano soddisfatti e che gli individui possano partecipare pienamente alla vita economica e sociale[44]. In questo caso, la solidarietà funge da sorta di canone interpretativo, il cui ricorso è inteso a garantire un giusto equilibrio tra diritti sociali ed economici[45]. Inutile sostenere che il valore e l'obiettivo della solidarietà informano non solo quelli dell'Unione nella propria azione interna ma anche, come chiarisce l'art. 21 TUE, la sua azione esterna[46].

Infine, la terza funzione della solidarietà, come utilizzata nel diritto primario, è quella di identificare specifici obblighi giuridici a cui gli Stati membri e l'UE sono vincolati nel rispondere alle crisi o alle emergenze.

L'interazione tra la leale cooperazione e le prime due accezioni di solidarietà è ben consolidata e quindi non richiede un'analisi approfondita in questa sede. Basterà evidenziarne i tratti salienti. Come suggerito dalla Corte di giustizia nel 1969 nella già citata causa *Commissione c. Francia*, quando entra in gioco il valore e l'obiettivo della solidarietà, quest'ultima

responsabilità condivisa. Nel senso più ampio, la solidarietà è una comunione di responsabilità e di interessi tra individui, gruppi e Stati, legati dall'ideale della fraternità e dalla nozione di cooperazione». V. ONU, *Human rights and international solidarity*, risoluzione A/HRC/9/10, 2008, par. 6, testo tradotto.

[42] J. M. Coicaud, *Conclusion: Making sense of national interest and international solidarity*, in J. M. Coicaud, J. Wheeler (a cura di), *National interest and international solidarity – Particular and universal ethics in international* life, New York, 2008, 297. Non a caso nella celebre pronuncia *Van Gend en Loos*, cit., si legge per l'appunto che: «[…] la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

[43] Si richiamano, in particolare, il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione all'interno dell'impresa (art. 27), il diritto alla contrattazione collettiva (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30), il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e la tutela dei giovani sul lavoro (art. 32), il diritto di conciliare vita familiare e vita professionale (art. 33), il diritto all'assistenza sociale e previdenziale (art. 34), il diritto all'assistenza sanitaria (art. 35), l'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), la tutela dell'ambiente (art. 37) e la tutela dei consumatori (art. 38).

[44] Tale argomento richiama alla considerazione del mercato unico quale spazio in cui trovano riconoscimento e tutela non solo le libertà economiche fondamentali, ma tutte le istanze che costituiscono il patrimonio essenziale delle moderne e avanzate democrazie. Cfr. G. Tesauro, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Diritto dell'Unione Europea,* 2, 2006, 235; id, *L'Unione europea come Comunità di diritto*, in *Lo Stato*, 3, 5, 2015, 125 ss., in cui l'A. definisce il mercato comune, «strumento economico e insieme giuridico», richiamando alle quattro libertà fondamentali e alla centralità accordata alle persone, «con il loro bagaglio di interessi e diritti». L'art. 3, par. 1, TUE, infatti, nell'affermare che l'«Unione instaura un mercato interno», al par. 5 ribadisce il principio per cui «l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini». Pertanto, risulta erroneo identificare lo spazio europeo comune nel solo aspetto merceologico o dei servizi, quando invece l'essenza stessa del mercato implica una Europa dei diritti. Nel senso che il «protagonista della vicenda comunitaria degli ultimi quarant'anni è la persona in quanto tale». Sul punto, id., *L'Unione europea come Comunità di diritto*, cit.; M. J. Rust, 1978, J. Monnet, 1976, *Mémoire*s, Parigi, 642, in *The Journal of Economic History*, 38, 2, giugno 1978, 587-589, https://doi.org/10.1017/S0022050700105881.

[45] C. Picheral, *La solidarité dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – éléments constitutionnels et matériels,* Parigi, 2011, 93-105.

[46] E. Neframi, *La solidarité et les objectifs d'action extérieure de l'Union européenne*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – éléments constitutionnels et matériels*, Parigi, 2011, 137-154.

congiuntamente alla leale cooperazione devono essere concepite come due facce della stessa medaglia[47]. Ciò ha consentito ai commentatori di suggerire che la versione pretoriana del principio di solidarietà di fatto corrisponde in gran parte agli obblighi derivanti dall'art. 4, par. 3, TUE[48]. Altri hanno sostenuto che la solidarietà appare nella giurisprudenza sotto forma del concetto congiunto «solidarietà-fedeltà»[49]. Più precisamente, il principio di leale cooperazione, e gli obblighi giuridici che ne derivano, sono stati distinti come il principale strumento giuridico per garantire la solidarietà all'interno dell'Unione europea[50].
In questa prospettiva, la solidarietà appare pienamente incorporata nel paradigma generale di interazione tra leale cooperazione e tutela degli interessi sovranazionali e nazionali nell'ottica di un modello di una «Unione sempre più stretta». Questo perché la leale cooperazione, proprio come la solidarietà, implica che l'interesse generale comune prevalga in larga parte sugli interessi particolari degli Stati membri. Tuttavia, occorre considerare le motivazioni di base che sottolineano i due concetti. Mentre la solidarietà riflette principalmente una particolare aspirazione politica a completare il processo di integrazione europea, la leale cooperazione esprime l'atteggiamento pratico che gli attori dell'UE, in particolare gli Stati membri, devono avere nell'attuazione di tale processo[51]. Un chiaro esempio di tale interazione nel diritto primario è rinvenibile nell'art. 24, par. 3, TUE, che impone espressamente agli Stati membri di sostenere la politica estera e di sicurezza comune «in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca»[52]. Allo stesso modo, l'art. 31, par. 1, combina la solidarietà con i doveri negativi derivanti dal principio di leale cooperazione, poiché prevede che gli Stati membri che si astengono dal voto sulla PESC devono in uno «spirito di mutua solidarietà […] asten[ersi] da azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione». Tuttavia, il principio di leale cooperazione, alla luce sia del suo ambito di applicazione che dei molteplici obblighi giuridici che ne derivano, può svolgere quel ruolo strumentale in tutti i settori dell'UE comprese, ovviamente, le politiche dell'UE che perseguono specifici obiettivi di solidarietà, come vedremo nel corso della presente analisi.

4. Comprendere la leale cooperazione e la solidarietà in tempi di crisi. Il profilarsi dello scenario emergenziale determinato da fattori endogeni ed esogeni ha contribuito a ripensare alla leale cooperazione nell'interesse comune, che presuppone il dovere di solidarietà[53]. Sebbene una parte significativa della dottrina resti incerta sull'attribuzione alla solidarietà

[47] Corte Giust., *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, cause 6/69 e11/69, cit., punto 16.
[48] Cfr. A. Berramdane, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, cit., 74 e 75; C. Boutayeb, *La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne – éléments pour une théorie*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne – éléments constitutionnels et matériels*, Parigi, 2011, 13.
[49] R. Bieber, F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne – regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du système européen commun d'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 48, 2012, 296 e 297.
[50] C. Boutayeb, *La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne – éléments pour une théorie*, cit., 11 e 18.
[51] A. Berramdane, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, cit., 65.
[52] P. J. Kuijper, E. Paasivirta, *EU international responsibility and its attribution: From the inside looking out*, in M. Evans, P. Koutrakos (a cura di), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, Londra, 2013, 40.
[53] In effetti, si potrebbe affermare che proprio queste crisi sono state l'occasione per innescare una profonda riflessione sulle radici dell'Unione europea e, quindi, un tentativo di riformularla su nuove basi, con l'obiettivo di aumentare la legittimazione democratica dell'Unione nei confronti dei cittadini degli Stati membri. Le stesse crisi hanno anche contribuito ad accrescere la consapevolezza circa la portata degli eventi che hanno causato periodici momenti di tensione o instabilità che vanno inevitabilmente oltre i confini nazionali, assumendo sempre più un'importanza a livello europeo o addirittura globale. Si rinvia a O. Pini, *Verso un nuovo ordine di valori per l'Europa del futuro*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1-2, 2022.

della forza giuridica di principio[54], un'altra parte sostiene che tale principio debba operare concretamente in situazioni emergenziali[55], attraverso l'individuazione di obblighi di solidarietà (o di assistenza) a carico degli Stati membri. Questi obblighi prevedono la condivisione degli oneri e delle responsabilità, fungendo da integrazione e supporto a quelli derivanti dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE[56]. Questi principi rappresentano infatti delle «forze integrative complementari»[57] proiettate, sebbene con le dovute distinzioni, verso il perseguimento di un interesse comune e sovranazionale[58]. A differenza della solidarietà, tuttavia, si è visto come la leale cooperazione sia piuttosto qualificata come principio generale di diritto, capace di trovare attuazione in ogni ambito settoriale di integrazione e di stabilire obblighi per gli Stati membri e le istituzioni UE[59]. Pertanto, mentre la solidarietà sarebbe limitata a intervenire in scenari emergenziali, il principio di leale cooperazione si applicherebbe anche in situazioni non emergenziali. In

[54] Per una disamina della solidarietà quale principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione si rinvia a P. Mengozzi, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea.* Seminario giuridico dell'Università di Bologna, 2022, 6 ss. DOI: 10.30682/sg320; L. C. Ferreira-Pereira, A. Groom, *'Mutual solidarity' within the EU common foreign and security policy: What is the name of the game?*, in *International Politics,* 47, 2010, 596-616; N. Nováky, *The Invocation of the European Union's Mutual Assistance Clause: A Call for Enforced Solidarity*, in *European Foreign Affairs Review*, 22, 2017, 357-375. *Contra*, secondo cui non è certo che il principio di solidarietà rilevi come un «principio generale del diritto» dell'Unione, cfr. A. Berramdane, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, in C. Boutayeb (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne: Éléments constitutionnels et matériels*, Parigi, 2011, 53 ss. Rispetto alla solidarietà come «valore morale», v. G. Morgese, *Il "faticoso" percorso della solidarietà nell'Unione europea*. Atti del convegno AISDUE "L'Unione europea dopo la pandemia", Bologna, 4-5 novembre 2021, 93.

[55] Nello specifico, taluni ritengono che, operando la solidarietà in contesti emergenziali, questa non possa declinarsi come principio «unico», ma come strumento capace di acquisire espressioni differenti a seconda dell'ambito di intervento interessato. Si veda, ad esempio, E. Tsourdi, *Solidarity at Work? The Prevalence of Emergency-Driven Solidarity in the Administrative Governance of the Common European Asylum System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24, 5, 2017, 668.

[56] Per un commento approfondito sul rapporto tra solidarietà e principio di leale cooperazione, si veda A. Berrandane, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, cit., 74 e 75; P. G. Xuereb, *Loyalty and solidarity*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2005, 17-20; M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, cit., 35-41*;* I. Goldner Lang*, No Solidarity Without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done?,* in *European Journal of Migration and Law*, 22, 2020, 39-59*;* F. Casolari, *La leale cooperazione,* cit., 64-72. In più occasioni, anche la Corte di giustizia ha concepito la nozione di solidarietà come strettamente legata a quella di leale cooperazione. Si veda, ad esempio, Corte Giust., sent. 13 ottobre 1992, *Repubblica portoghese e Regno di Spagna c. Consiglio delle Comunità europee*, cause riunite C-63/90 e C-67/90, ECLI:EU:1992:381, punto 51.

[57] M. Klamert, *Loyalty and solidarity as general principles*, in K. S. Ziegler, P. J. Neuvonen, V. Moreno-Lax (a cura di), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Massachusetts, 2022, 130.

[58] Ivi, 134. Come sostenuto da Klamert (testo tradotto): «*Entrambi sono aspirazionali nel senso che si riferiscono a ambizioni ancora da realizzare (una più stretta unione attraverso lo sviluppo del diritto con la lealtà da una parte e un più forte sostegno reciproco con la solidarietà dall'altra […])*». Tradizionalmente, anche la Corte di giustizia ha interpretato la solidarietà alla stregua di «interesse comune», includendovi un complesso insieme di obblighi positivi e negativi nei confronti degli Stati membri, ma senza puntualizzarne il carattere precettivo. Si vedano, Corte Giust., *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, cause 6/69 e 11/69, cit.; sent. 29 giugno 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e altri c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-77/77, ECLI:EU:C:1978:141; sent. 18 marzo 1980, *SpA Ferriera Valsabbia e altri c. Commissione*, cause riunite 154, 205, 206, 226-228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, ECLI:EU:C:1980:81, punto 59.

[59] Occorre qui puntualizzare che, come sottolineato da F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., spec. cap. III, parr. 3-5, e cap. IV, parr. 2 a 4, il contenuto degli obblighi di leale cooperazione in capo alle istituzioni dell'Unione appare ancora poco chiaro e che la stessa prassi giurisprudenziale concernente tali obblighi è limitata. Tra le pronunce più esemplificative, si vedano Corte Giust., sent. 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl*, cause riunite C- 622/16 P-C624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873, punto 84; sent. 13 marzo 2019, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-128/17, ECLI:EU:C:2019:194, punto 75; sent. 3 luglio 2019, *Eurobolt BV*, causa C-644/17, ECLI:EU:C:2019:555, punto 31; sent. 9 luglio 2020, *Repubblica ceca c. Commissione europea*, causa C-575/18 P, ECLI:EU:C:2020:530, punto 73.

quest'ultimo caso, dunque, potrebbero essere invocati obblighi di leale cooperazione finalizzati alla realizzazione dell'integrazione europea, mentre la solidarietà assumerebbe il ruolo di obiettivo e valore dell'ordinamento[60].

Ebbene, l'interazione tra leale cooperazione e spirito di solidarietà sancito da specifiche disposizioni del Trattato è determinata da fattori molto diversi se utilizzati nel contesto emergenziale. In questa sede, l'attenzione è invece rivolta all'applicazione della solidarietà nel quadro delle politiche comuni in cui richiede all'Unione e ai suoi Stati membri di adempiere a specifici obblighi giuridici di cooperazione. Il contenuto e le implicazioni giuridiche di tali obblighi sono fumosi. Ci sono almeno due ragioni per questo. Innanzitutto, gli Stati membri sono ancora troppo miopi[61], data la carente volontà di promuovere un interesse convintamente comune europeo, nonostante il cambio di paradigma mostrato dall'Unione durante la pandemia di Covid-19. In effetti, il *Next Generation EU* ha finalmente segnato la rottura del legame, necessario, tra condizionalità e austerità. La scelta della base giuridica per l'istituzione del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, ovvero l'art. 175, c. 3, TFUE, ha dimostrato che il meccanismo attribuisce al principio di solidarietà un ruolo incomparabilmente più importante rispetto ai precedenti programmi di assistenza finanziaria[62]. Tuttavia, l'analisi ha rivelato alcuni aspetti che suscitano maggiori perplessità, al punto da poter parlare, nello specifico, di «isole»[63] di solidarietà: sono evidenti i limiti politici nell'attuazione dei doveri di solidarietà nelle politiche dell'UE riguardanti, su tutte, i controlli alle frontiere, l'asilo e l'immigrazione. In secondo luogo, le difficoltà incontrate nel definire (e quindi attuare) i doveri di solidarietà possono dipendere in modo significativo da limiti strutturali o ambiguità delle relative disposizioni di diritto primario[64].

In ogni caso, ciò che emerge dalla prassi iniziale è che tali compiti sono generalmente destinati a tale scopo a rafforzare la leale cooperazione. Più precisamente, questi doveri implicano che gli attori istituzionali dell'UE debbano condividere gli oneri finanziari e operativi derivanti dalle attività coperte dalle politiche dell'UE coinvolte. La dottrina ha suggerito che tali obblighi possano essere considerati come manifestazioni specifiche del principio generale sancito dall'art. 4, par. 3, TUE[65]. Tale tesi trova il suo fondamento, in particolare, nel già citato passaggio della sentenza *Commissione c. Francia* del 1969 in cui la Corte di giustizia ha collegato esplicitamente la solidarietà alla lealtà[66]. Tale sentenza è stata pronunciata nell'ambito dell'assistenza reciproca prevista dall'ex art. 108 TCEE (oggi art. 143 TFUE). Come è noto, questa disposizione del Trattato ha introdotto per gli Stati membri al di fuori dell'Eurozona un'assistenza alla bilancia dei pagamenti che, in una certa misura, è simile al meccanismo di assistenza sancito dall'art. 122 TFUE, che menziona lo spirito di solidarietà – meccanismo che funge altresì da base giuridica per lo *European Union Recovery Instrument*, adottato attraverso il Regolamento del Consiglio, che stabilisce la dotazione finanziaria complessiva del NGEU

[60] In tal senso, A. von Bogdandy, *Constitutional principles*, cit., 32 e 33; R. Bieber, F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne*, cit., 296 ss.; F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 69.

[61] R. Napoletano, *Le egemonie nazionali cancellano l'Europa*, in *il Quotidiano*, 29 maggio 2023.

[62] F. Costamagna, Il Next Generation EU e *la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*. Atti del convegno AISDUE, cit., 47 ss. Per uno quadro più ampio, A. Patroni Griffi (a cura di), *Next Generation EU e PNRR: il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, XXII, 1/2023.

[63] L'espressione appartiene a G. Morgese, *Il "faticoso" percorso della solidarietà nell'Unione europea*. Atti del convegno AISDUE, cit., 94.

[64] Nell'ambito delle disposizioni del Trattato in materia di cooperazione economica, si rinvia a R. Bieber e F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne*, cit., 304-311.

[65] V. Borger, *How the debt crisis exposes the development of solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 9, 2013, 14.

[66] Corte Giust., *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, cause 6/69 e11/69, cit., punto 16.

e la ripartizione generale delle risorse tra i suoi vari[67]. Sulla scorta di quanto precede si può sostenere che se l'art. 4, par. 3, TUE può essere invocato per individuare i fondamenti giuridici degli obblighi di assistenza derivanti dall'art. 143 TFUE, lo stesso è possibile per quanto riguarda l'art. 122 TFUE.

Questo ragionamento potrebbe poi essere esteso, per analogia, a tutte le altre disposizioni del TFUE che menzionano specifici doveri di solidarietà. Tuttavia, ci sono dei limiti a questa opzione; la costruzione interpretativa non sembra del tutto coerente con il quadro giuridico post-Lisbona. È vero che la maggior parte dei meccanismi di solidarietà del TFUE, ad eccezione della clausola di solidarietà sancita dall'art. 222 TFUE, sono direttamente o indirettamente volti a garantire l'efficacia del diritto dell'Unione[68]. Ma ciò non basta per concludere che solo l'art. 4, par. 3, TUE dovrebbe disciplinarne il funzionamento[69]. Al contrario, il riferimento alla solidarietà nei Trattati suggerisce che in alcune circostanze – e la realtà lo ha confermato – l'Unione e i suoi Stati membri possono essere chiamati ad adottare misure che vanno oltre quanto normalmente può essere richiesto in base al principio di leale collaborazione[70].

La ragione dell'adozione di tali misure, che regolano una condivisione di responsabilità tra gli attori istituzionali dell'Unione, risiede proprio nell'eccezionalità del contesto fattuale che richiede un forte sostegno allo Stato/i membro/i interessato/i, in mancanza del quale potrebbero probabilmente derivare conseguenze per tutti gli altri Stati membri e per l'Unione. Dunque, in termini più generali, i doveri di solidarietà in senso stretto così come espressi nei Trattati dovrebbero essere invocati solo in situazioni di crisi ovvero di emergenza[71]. Naturalmente, quando si verifica una crisi o un'emergenza, il principio di leale cooperazione continua ad informare l'interazione tra gli attori istituzionali dell'UE. Tuttavia, la loro azione di ulteriore sostegno e rafforzamento può basarsi sugli specifici doveri di solidarietà derivanti dalle disposizioni del Trattato.

D'altronde, il predetto principio è funzionale alla corretta applicazione di tali obblighi in quanto assicura l'efficacia delle relative misure di attuazione. Su questa base, si può sostenere che l'interazione tra leale cooperazione e solidarietà contribuisce all'approfondimento dell'integrazione sovranazionale, rafforzando, di conseguenza, quel quadro generale di interazione tra l'integrazione dell'UE e la tutela degli interessi nazionali in ossequio al modello di «Unione sempre più stretta»[72].

Queste osservazioni sono avallate dalla prassi la quale rivela che nei casi in cui il comportamento degli Stati membri si discosta dagli obblighi derivanti dall'*acquis communautaire*, il principio di leale cooperazione potrebbe essere invocato per colmare il

[67] Per una panoramica specifica sullo strumento, si rinvia a F. Fabbrini, *Next Generation Eu: Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, 1-22, doi:10.1017/cel.2022.2.

[68] M. Gestri, *EU disaster response law: Principles and instruments*, in A. de Guttry et al. (a cura di), *International disaster response law*, L'Aia, 2012, 109-115.

[69] In senso contrario, v. M. Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, cit., 233.

[70] Per quanto riguarda la «natura sostanziale» degli obblighi di solidarietà ai sensi del diritto dell'UE, cfr. R. Bieber, F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne*, cit., 297.

[71] Per una visione contraria, vedi A. Miglio, *Solidarity in EU asylum and migration law: A crisis management tool or a structural principle?*, in E. Kuzelewska *et al.* (a cura di), *Irregular migration as a challenge for democracy*, Cambridge, 2018, 23-49.

[72] Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 6 marzo 2012, causa C-364/10, *Ungheria c. Repubblica Slovacca*, ECLI:EU:C:2012:124, punto 17. In dottrina, J. Bast, *Deepening supranational integration: Interstate solidarity in EU migration law*, in A. Biondi *et al.* (a cura di), *Solidarity in EU law – Legal principle in the making*, Massachusetts, 2018, 114-132.

divario tra ciò che impone il diritto primario e il comportamento degli Stati membri[73]. Si vedrà nei paragrafi che seguono, il ruolo del principio di leale cooperazione in taluni settori del diritto dell'Unione, in particolare nella politica energetica, nel rapporto con il diritto della concorrenza e le violazioni al diritto dell'Unione e rispetto all'esigenza di garantire l'unità della rappresentanza esterna.

4.1. La leale cooperazione e la solidarietà nella politica energetica. Nel solco del dibattito che vede l'UE affrontare le crisi del mondo contemporaneo, un profilo degno della presente analisi è la politica energetica. Anche in essa, in effetti, si esemplifica la complementarietà esistente tra il principio di leale cooperazione e la solidarietà. Preliminarmente, occorre dire che negli ultimi anni, l'Unione europea ha intensificato le iniziative per rafforzare la dimensione esterna della propria politica energetica, con l'obiettivo principale di diversificare le fonti di approvvigionamento, riducendo la dipendenza dal gas russo. La politica energetica dell'UE è caratterizzata da una dimensione interna, strettamente legata al funzionamento del mercato interno, e da una dimensione esterna, volta a sviluppare strumenti di cooperazione con Stati terzi per attuare la strategia di diversificazione delle fonti energetiche. Questa diversificazione è fondamentale per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, come previsto dall'art. 194 TFUE[74]. La stretta interconnessione con gli obiettivi del mercato interno e della tutela ambientale ha conferito alla politica energetica comune un carattere fortemente trasversale[75], intervenendo in modo sempre più sistematico e armonizzato. In particolare, ciò ha permesso l'adozione progressiva di misure legislative mirate a una maggiore integrazione del mercato energetico europeo, all'efficienza energetica, agli investimenti nelle fonti rinnovabili e al potenziamento della sicurezza degli approvvigionamenti energetici[76].

Tuttavia, nel mentre della realizzazione degli ambiziosi obiettivi della neutralità climatica e

[73] Un esempio concreto di questo concetto è l'implementazione del Regolamento di Dublino negli Stati membri dell'UE. La Corte di giustizia nella sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, punto 94, ha stabilito indirettamente che il principio di lealtà richiede agli Stati membri di esercitare il potere discrezionale previsto dal Regolamento di Dublino. Ciò significa che gli Stati non possono trasferire un richiedente asilo allo Stato membro responsabile, se ciò risulta irragionevole. Questo in considerazione del fatto che i richiedenti asilo potrebbero affrontare un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti a causa di carenze sistematiche ben note nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza di quello Stato. Il ragionamento alla base della soluzione della Corte si basa principalmente sulla necessità di rispettare i diritti umani dei richiedenti asilo, come stabilito nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Tuttavia, la sentenza affronta chiaramente il livello di solidarietà atteso dagli Stati membri quando uno Stato affronta difficoltà nel rispettare le procedure d'asilo dell'UE, come nel caso di un massiccio afflusso di migranti senza documenti. Essenzialmente, la sentenza mira a compensare la mancanza di meccanismi di solidarietà nel quadro giuridico attuale dell'UE interpretando la legislazione dell'UE pertinente alla luce del principio di lealtà. Si rinvia a F. Casolari, *EU Loyalty and the Protection of Member States' National Interests. A Mapping of the Law*, in M. Varju, (a cura di), *Between Compliance and Particularism*, Cham, 2019, 70.

[74] Per un'analisi specifica, si rinvia a M. Marletta, *Articolo 194 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 1656 ss.

[75] H. S. von Sydow, *The Dancing Procession of Lisbon: Legal Bases for European Energy Policy*, in *European Energy Journal*, 1, 2011, 33; J. C. Pielow, B. J. Lewendel, *The EU Energy Policy After the Lisbon Treaty*, in A. Dorsman, W. Westerman, M. B. Karan (a cura di), *Financial Aspects in Energy: A European Perspective,* Heidelberg, 2011, 147.

[76] Per approfondimenti, M. Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011; K. Talus, *EU Energy Law and Policy*, Oxford, 2013; M. Kanellakis, G. Martinopoulos, T. Zachariadis, *European Energy Policy. A Review*, in *Energy Policy*, 62, 2013, 1020-1030; M. Vandendriessche, A. Saz-Carranza, J. M. Glachant, *The Governance of the EU's Energy Union: Bridging the Gap?*, in *EUI Working Paper RSCA*, 2017; H. Dieter, *The European Framework for Energy and Climate Policies*, in *Energy Policy*, 64, 2014, 29-35.

della piena transizione enunciati nell'*European New Green Deal*[77], la forte dipendenza dalle importazioni di fonti energetiche primarie ha creato e continua ad alimentare incertezze sulla sicurezza degli approvvigionamenti, rendendo il sistema energetico dell'Unione estremamente vulnerabile a possibili restrizioni dovute anche a fattori esterni[78]. La comunicazione della Commissione *REPowerEU*[79] si è inserita proprio in questo contesto, sviluppando un piano d'azione in materia di politica energetica in risposta, tra l'altro, all'invasione russa dell'Ucraina, e fa ripetutamente riferimento al concetto di solidarietà. Partendo dal presupposto che «l'equità e la solidarietà sono principi fondamentali del Green Deal europeo», la Commissione ha ribadito che la transizione verso l'energia pulita deve essere accompagnata da politiche parallele che siano in linea con il pilastro europeo dei diritti sociali, come l'occupazione. In particolare, si riconosce che i livelli di dipendenza energetica degli Stati membri dalle fonti variano e che le azioni proposte dal *REPowerEU* devono considerare queste differenze, offrendo soluzioni adatte a bilanciare le diverse realtà degli Stati membri, con l'obiettivo comune di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Per affrontare questo problema, l'UE ha gradualmente adottato un approccio collettivo, concentrandosi sul rafforzamento della cooperazione nello sviluppo delle reti e sull'implementazione di misure preparatorie e di pianificazione per migliorare la resilienza a improvvise interruzioni dell'approvvigionamento energetico, con particolare attenzione agli Stati membri più vulnerabili[80]. Sicuramente rilevante, come emerso dalla crisi russo-ucraina e riportato nella comunicazione, è che l'implementazione di questi piani deve avvenire «secondo una pianificazione coordinata, nell'interesse comune e con una forte solidarietà europea». In questo solco si inserisce, poi, la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, nella sentenza sul caso *Germania c. Polonia*, ha evidenziato che il principio di solidarietà energetica, letto in combinazione con quello di leale cooperazione[81], assume particolare rilievo nella misura in cui a fronte di un possibile «pericolo per l'approvvigionamento di gas sui mercati degli Stati membri […] il principio di solidarietà energetica esige che le istituzioni dell'Unione, ivi compresa la Commissione, procedano ad un bilanciamento degli interessi in gioco […], tenendo conto degli interessi tanto degli Stati membri quanto dell'Unione nel suo complesso». La Corte di giustizia ha dunque contribuito a rafforzare il principio di solidarietà energetica, mostrando come esso e il principio di leale cooperazione siano realmente complementari e possano essere applicati in modo sistemico. Questi principi informano sia gli scenari di emergenza energetica sia la gestione ordinaria, come previsto dall'art. 194 TFUE. Questo potrebbe giustificare la costruzione di un sistema di solidarietà energetica

[77] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final. Più in generale, sulle politiche ambientali europee, si rinvia a M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, 7/2020, 92 ss.

[78] Infatti, come osservato, gli Stati membri dipendono da un numero limitato di fornitori di gas naturale, che può essere trasportato solo attraverso gasdotti che spesso attraversano i territori di Stati terzi. Per una comprensione completa della struttura dell'approvvigionamento di gas naturale negli Stati membri, si veda Commissione europea*, DG Energy, Quarterly Report on European Gas Markets*, 16, 4, 2023. In dottrina, M. Szydlo, *Disputes Over the Pipelines Importing Russian Gas to the EU: How to Ensure Consistency in EU Energy Law and Policy?,* in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2, 2018, 95-126.

[79] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano REPowerEU*, COM(2022) 230 final, Bruxelles, 18 maggio 2022.

[80] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Strategia europea di sicurezza energetica*, COM(2014) 330 final, Bruxelles, 28 maggio 2014, 5. Più in generale, M. Marletta, *Articolo 194 TFUE,* cit., 1659.

[81] Corte Giust., sent. 15 luglio 2021, *Germania c. Polonia*, causa C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598, punti 50-53. Per commenti alla sentenza, tra gli altri, si veda P. Mengozzi, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, 2021, 285-314.

efficiente e funzionale per rispondere alle esigenze contingenti e per raggiungere obiettivi coerenti e di lungo periodo in questo ambito.
Ciò che preme sottolineare in questa sede è tuttavia la circostanza secondo cui l'adozione di strumenti di solidarietà non dovrebbe limitarsi a rispondere ai timori di interruzioni delle forniture di energia, attuali o future, ma dovrebbe anche mirare a costruire un sistema integrato ed efficace di approvvigionamento energetico, operante su base costante. Questo sistema dovrebbe dunque prevedere obblighi di solidarietà rafforzati dal principio di leale cooperazione, considerato un principio sistemico e strutturale dell'ordinamento.
L'interazione tra l'«attrazione gravitazionale»[82] della leale cooperazione, guidata dall'adesione all'UE e rafforzata dalla solidarietà nella definizione di una politica energetica comune, e la discrezione degli Stati membri nella gestione dei propri portafogli energetici, merita un attento monitoraggio. Alla luce degli eventi internazionali recenti, l'UE e i suoi Stati membri devono raddoppiare i loro sforzi per creare uno spazio di cooperazione europea che favorisca una maggiore integrazione, rimanendo fedeli ai Trattati istitutivi.

4.2. Il principio di leale cooperazione nel bilanciamento tra tutela dei valori e concorrenza. L'applicazione del principio di leale cooperazione dunque permette di contribuire alla creazione di uno spazio europeo di cooperazione[83], che oltre a regolare l'area di confine tra le competenze nazionali e quelle attribuite all'Unione europea, influisce anche sulla concorrenza. Il diritto della concorrenza è stato sicuramente una parte centrale del progetto di integrazione dell'UE fin dai suoi primi giorni: ha influenzato la stesura del Trattato di Roma e figura nei criteri di Copenaghen del 1993 ai fini dell'adesione di uno Stato all'Unione[84].
Ebbene, appare opportuno analizzare, alla luce del principio di leale cooperazione, il modo attraverso cui gli strumenti di integrazione positiva e negativa[85] possono comportarsi di fronte alle violazioni al diritto dell'Unione.
In primo luogo, partendo dagli strumenti di integrazione positiva, è stato suggerito[86] che una risposta più strutturata in termini di tutela – data la nota problematicità della procedura

[82] S. Villani, *Considerazioni sul principio di solidarietà energetica nel quadro giuridico dell'UE*, in *Federalismi.it*, 5/2023, 149; M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, cit., 20.
[83] F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 126 ss.
[84] È noto che le conclusioni della Presidenza del vertice del 1993 stabilirono, oltre al criterio geografico (art. 49 TUE), che i paesi candidati dovessero: «(…) aver raggiunto una stabilità istituzionale che garantisse la democrazia, lo stato di diritto, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze, l'esistenza di un'economia di mercato funzionante nonché la capacità di far fronte alle pressioni concorrenziali del mercato interno dell'UE. L'adesione all'Unione europea presuppone la capacità del paese candidato di assumere gli obblighi derivanti dall'adesione stessa, seguita dagli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria». Si vedano le conclusioni della presidenza, Consiglio europeo di Copenaghen del 21-22 giugno 1993. Reperibili su: europarl.europa.eu.
[85] In linea generale, l'integrazione positiva fornisce linee guida specifiche, mentre l'integrazione negativa mira a eliminare gli ostacoli che potrebbero ostacolare la libera circolazione e l'interazione economica tra gli Stati membri. Più nel dettaglio, sulla distinzione tra integrazione negativa e positiva si veda J. Delors, *Dall'integrazione politica all'unione politica dell'Europa. Lezioni del passato, prospettive del futuro*, in *Stato e Mercato*, 1998, I, 12; F. W. Scharpf, *Integrazione negativa ed integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998, I, 21 ss.
[86] F. Munari, 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*, 2020, 15-37. Altri, invece, hanno sostenuto il ricorso alla clausola di flessibilità così da poter introdurre «atto dell'Unione sulle emergenze in generale», che consenta di creare un meccanismo di coordinamento stabile, v. G. Tesauro, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, in *AISDUE Dibattito "Coronavirus e diritto dell'Unione",* 3, 18 aprile 2020, 10 ss.

dell'art. 7 TUE[87] – potrebbe derivare dall'uso dell'art. 114 TFUE, che costituisce la base giuridica per l'adozione di misure di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri. Com'è noto, sovente le misure di armonizzazione mirano ad eliminare ovvero ridurre le differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali nei settori in cui tali differenze normative ostacolano l'unificazione del mercato[88]. Il tipo di atto spesso utilizzato a tale scopo è la direttiva, dato che, a differenza del regolamento, permette a ciascuno Stato membro di mantenere la propria normativa nazionale e impone soltanto il recepimento. Tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia[89], è evidente che la legittimità della base giuridica dell'atto dipende dalla dimostrazione dell'esistenza di rischi di frammentazione derivanti dalla possibile discordanza delle discipline nazionali e dalla sua capacità di prevenire ovvero rimediare ad essi[90]. Proprio in virtù della funzionalità di tale strumento, potrebbe ipotizzarsi l'utilizzo della direttiva in situazioni di evidente rischio di «violazione grave e persistente» dei valori, consentendo all'UE di intervenire in settori altrimenti di competenza degli Stati membri o imponendo agli Stati membri di astenersi da determinate azioni. Tuttavia, sebbene la direttiva contribuisca all'armonizzazione delle disposizioni nazionali coerentemente con il diritto dell'Unione[91], spetta allo Stato membro, in virtù del principio di proporzionalità[92], garantire la piena armonizzazione mediante l'adozione di atti interni, tenendo conto delle circostanze nazionali specifiche. È importante precisare che le deroghe all'armonizzazione sono ammesse solo se non ne viene fatto un uso distorto[93], quindi per specifiche esigenze o

[87] Il nocciolo del problema è il requisito dell'unanimità ai sensi dell'art. 7, par. 2, in seno al Consiglio europeo. L'unanimità è stata paragonata da Mario Draghi ad una trappola che «paralizza l'Unione». A ben vedere, il raggiungimento dell'unanimità quale condizione per la promozione dell'azione dell'Unione rappresenta un ostacolo oneroso e rischia forse di danneggiare finanche il processo di integrazione europea. Si rinvia a F. Basso, M. Gabanelli, *Il diritto di veto paralizza l'Unione*, in *Il Corriere della Sera*, 27 giugno 2022. In dottrina, sulla scorta di quanto emerso all'esito della Conferenza sul futuro dell'Europa e quindi sulla proposta di istituire un referendum europeo per la ratifica della riforma dei Trattati, si rinvia a R. Castaldi, *La proposta di un referendum europeo e il rafforzamento della democrazia europea*, in *Diritto pubblico europeo - rassegna online*, 1/2023. Più in generale, C. Sanna, *Articolo 7 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, cit., 71 ss.; S. Mangiameli, G. Saputelli, *Article 7 TEU*, *The Treaty on European Union*, cit., 19 ss.

[88] L. Daniele, *Articolo 26 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea,* cit., 532 ss.

[89] Nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*, la Corte di giustizia ribadisce che il ricorso all'art. 95 TCE (oggi 114 TFUE) può aversi soltanto nei casi in cui «esso abilita il legislatore comunitario ad adottare misure destinate a migliorare le condizioni d'instaurazione e di funzionamento del mercato interno, misure che devono effettivamente avere tale obiettivo, [...] anche al fine di prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, ma l'insorgere di tali ostacoli deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto la loro prevenzione [...]». Si rinvia a Corte Giust., sent. 2 maggio 2006, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-436/03, ECLI:EU:C:2006:277, punti 37-40.

[90] Corte Giust., sent. 8 giugno 2010, *Vodafone O2 e altri c. Segretario di Stato*, causa C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, punti 32 e 33; *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-436/03, cit., punti 10 e 35.

[91] F. Gianassi, *Il quadro concettuale e normativo degli strumenti comunitari del "ravvicinamento"*, in *Osservatoriosullefonti.it,* 3/2012, 12. Stante la lettera dell'art. 115 TFUE, la natura della direttiva risponde meglio alle esigenze di ravvicinamento delle diverse legislazioni nazionali rispetto al regolamento, sebbene ci siano stati dei problemi nell'utilizzo di questo strumento. La direttiva vincola gli Stati membri destinatari riguardo al risultato da raggiungere, ma lascia loro la libertà di scegliere la forma e i mezzi per attuarla. Gli Stati membri sono tenuti solo a raggiungere l'obiettivo previsto dalla direttiva, il che consente loro un certo margine di manovra nel processo di recepimento, tenendo in considerazione circostanze nazionali specifiche. Pertanto, le direttive non mirano a uniformare i diritti nazionali da parte dell'Unione, ma piuttosto a promuovere un'armonizzazione graduale e flessibile delle legislazioni degli Stati membri su questioni specifiche.

[92] Corte Giust., sent. 3 dicembre 2019, *Repubblica Ceca c. Parlamento e Consiglio*, causa C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, punto 37.

[93] Infatti, in deroga alla procedura di cui agli artt. 258 e 259 che disciplinano le procedure da seguire ai fini dell'esperimento di un ricorso per infrazione, la Commissione o uno Stato membro possono adire direttamente la Corte di giustizia se ritengono che un altro Stato membro faccia un uso distorto dei poteri contemplati dall'art. 114.

in virtù della clausola di salvaguardia *ex* art. 4, par. 2, TUE, comunicando alla Commissione le ragioni che giustificano il mantenimento della normativa nazionale[94]. Di conseguenza, gli Stati membri non possono generalmente invocare prassi ovvero normative interne, comprese quelle di rango costituzionale, come giustificazione per non adempiere agli obblighi derivanti dalla normativa europea[95].

Ciononostante, alla luce degli innumerevoli abusi, l'utilizzo dell'art. 114 TFUE potrebbe però non essere sufficiente: nonostante si adotti una misura di tutela preventiva, potrebbe verificarsi una probabile violazione successiva (il mancato recepimento), creando una sorta di circolo vizioso, nel senso che si giungerebbe sempre al richiamo sanzionatorio ovvero alla procedura d'infrazione, quest'ultima già nota per svolgere una funzione sostitutiva rispetto a quella prevista dall'art. 7 TUE[96].

In secondo luogo, passando agli strumenti di integrazione negativa, è emerso un legame tra l'art. 107 TFUE, che disciplina il divieto degli aiuti di Stato, e l'art. 4, par. 3, TUE. L'art. 107 TFUE è noto per essere uno strumento volto a garantire la concorrenza[97] e a regolare l'esercizio delle competenze statali in sostituzione dell'armonizzazione diretta, quando necessario per la tutela del mercato interno[98]. Invero, nella pronuncia *Commissione c. Francia*, la Corte di giustizia ha finanche collegato l'applicabilità del controllo sugli aiuti di Stato al principio di «solidarietà reciproca»[99] in un settore formalmente riservato alle competenze nazionali.

Tuttavia, se da un lato la rilevanza del principio di leale cooperazione è stata negata per l'interpretazione della nozione di divieto aiuti di Stato[100], trovando spazio solo nell'ambito procedurale[101]; dall'altro, l'utilizzo congiunto del principio di leale cooperazione insieme

---

[94] F. Gianassi, *Il quadro concettuale e normativo degli strumenti comunitari del "ravvicinamento",* cit., 5.

[95] Come sottolineato dall'Avvocato generale Kokott, la suddivisione delle competenze all'interno degli Stati membri non dovrebbe avere rilevanza ai sensi della normativa dell'Unione. V. Conclusioni del 8 maggio 2008 dell'Avvocato generale Kokott, causa C-212/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja),* ECLI:EU:C:2008:262, punto 64.

[96] C. Pinelli, *Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione*, in *Eurojus*, 2022, 60. Sul rapporto tra l'art. 7 TUE e gli artt. 258 e 259 TFUE, v. S. Mangiameli, G. Saputelli, *Article 7 TEU*, *The Treaty on European Union*, cit., 7-9.

[97] A. Biondi, P. Eeckhout, *State aid and obstacles to trade*, in A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 103 ss.; conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 16 dicembre 2021, causa C-885/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*, punti 154 e 155. Alcuni hanno evidenziato che l'art. 107 TFUE funge da formante costituzionale dell'ordinamento comunitario, v. F. De Cecco, *State aid and the European Economic Constitution*, Londra, 2012. Più in generale, si rimanda a B. Cortese, *EU competiton law: between public and private enforcement*, L'Aia, 2013.

[98] Ciò è avvenuto attraverso l'ampliamento graduale del concetto di aiuto di Stato e la sua particolare declinazione nei vari settori di intervento della Commissione. In dottrina, si rinvia ad A. Biondi, E. Righini, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. Arnull, D. Chalmers (a cura di), *The European Handbook of European Union law*, Oxford, 2015.

[99] Corte Giust., *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, cause 6/69 e11/69, cit., punti 16 e 17.

[100] Nel caso *PressuenElektra*, la Corte ha respinto esplicitamente la proposta della Commissione di interpretare l'art. 107 TFUE alla luce del principio di leale cooperazione. La Corte ha affermato che l'art. 107 TFUE è sufficiente da solo per vietare i comportamenti statali che contempla e che l'art. 4, par. 3, TUE, che richiede agli Stati membri di astenersi da misure che rischiano di compromettere gli obiettivi del Trattato, non può essere utilizzato per estendere l'ambito di applicazione dell'art. 107 TFUE a comportamenti statali non compresi in esso. Corte Giust., sent. 13 marzo 2001, *PreussenElektra*, causa C-379/98, in *Raccolta*, 2001, I, punto 65. Si veda, per un commento, A. Biondi, *Some Reflections on the notion of State resources in European Community State aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, V, 1426 ss.

[101] Commissione europea, *Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, GU C 85, 2009, 1 ss., considerando 77; *Comunicazione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, C/2019/5396, GU C 247, 23 luglio 2019, 1 ss., considerando 20 ss. Per una recente applicazione, v. Corte Giust., sent. 28 ottobre 2020, *INAIL*, causa C-608/19, ECLI:EU:C:2020:865, punto 40.

all'art. 107 TFUE può rappresentare un punto di unione tra l'integrazione positiva e l'integrazione negativa[102], nel senso che entrambe le disposizioni mirano a limitare gli interessi egoistici degli Stati membri, contrastando comportamenti contrari agli obiettivi dell'Unione, al fine di perseguire le finalità dell'ordinamento europeo[103].

Però negli ultimi tempi, data l'eccezionalità e la gravità degli eventi succedutesi, la Commissione europea, attraverso i c.d. *Temporary Frameworks*[104], ha previsto di adottare temporaneamente un approccio più flessibile nella valutazione della compatibilità degli aiuti e ha proposto una serie di misure che gli Stati membri possono attuare immediatamente a sostegno di importanti progetti di interesse comune europeo. Ebbene, posto che si tratta di un'iniziativa senza precedenti, se l'emergenza persiste come nell'attuale contesto storico, sorge una questione di integrità: sebbene essi siano efficaci nel mitigare immediatamente il problema, subiscono l'instabilità degli atti di *soft law*, con conseguenze evidenti sulla certezza del diritto. Nonostante possa quindi sussistere l'esigenza di allentare il controllo sugli aiuti di Stato in risposta alla crisi economica causata in primis dalla pandemia di Covid-19, è importante considerare i rischi coinvolti[105]. A tal proposito, è stato osservato[106] che se nell'ambito del *Next Generation EU* e del *Recovery Plan*, il principio di solidarietà e l'interesse comune consentono agli Stati membri di beneficiare degli ingenti finanziamenti e prestiti, agevolando una rapida ripresa economica; ciò richiede, al contempo, la ferma osservanza delle norme del Trattato per proteggere il mercato interno, quindi dell'esigenza che gli Stati membri rispettino le regole sugli aiuti di Stato. Questo evidenzia come, anche in tale ambito, si pone la necessità di un coordinamento della leale cooperazione e della «solidarietà reciproca» tra istituzioni europee e Stati membri, al fine di garantire condizioni di parità all'interno dell'Unione europea, che non si limiti semplicemente a distribuire risorse, ma che miri invece a sviluppare una strategia di interesse comune[107]. È cruciale mantenere un equilibrio tra fornire il sostegno necessario e mantenere l'integrità del mercato interno, con l'obiettivo di scongiurare rischi di frammentazione e diseguaglianze territoriali.

Quanto precede attesta che l'interesse comune si inserisce in ogni ambito sostanziale e procedurale del diritto dell'Unione, condizionando altresì le regole della concorrenza e contribuendo, in tal caso, a preservare il c.d. *level playing field*[108].

Posto che una mancanza di leale cooperazione può generare conseguenze dannose a livello sistemico e negare la logica dell'integrazione europea, è importante ribadire la reciprocità[109]

---

[102] Per un approfondimento, v. R. Federico, *Il controllo sugli aiuti di Stato e i nuovi orizzonti della fiscalità europea*, Bologna, 2022, 154.

[103] Ibid. e dottrina riportata. Questo anche imponendo obblighi aggiuntivi rispetto a quanto previsto dal diritto positivo, nonché l'uso di strumenti antielusivi. Sul punto, C. Quigley, *European State aid law and policy*, Londra, 2009, 70.

[104] Adottati dalla Commissione europea in risposta alla crisi economica derivante dalla pandemia di COVID-19, rappresenta misure volte a offrire supporto agli Stati membri nel mitigare l'impatto economico della stessa pandemia.

[105] Questi rischi includono la frammentazione del mercato interno, la concorrenza distorta e il potenziale ostacolo al raggiungimento di una robusta ripresa economica.

[106] C. Schepisi, *Aiuti di Stato … o aiuti tra Stati?*, cit., 142.

[107] Ivi, 137.

[108] Così F. Munari, *I valori dell'Unione: una lettura prospettica*. Relazione presentata nel corso del convegno *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti*, Padova, 2 novembre 2023, https://zenodo.org.

[109] Dunque, gli Stati membri e le loro istituzioni non dovrebbero abusare dell'argomento della «signoria» sui Trattati o della preservazione dell'identità nazionale di ciascuno ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE riconoscendo piuttosto l'influenza che l'ethos comunitario ha negli ordinamenti nazionali. L'espressione è «Signori dei trattati» attribuita agli Stati membri. Si fa riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco riportata da G. Tesauro, *L'Unione europea come Comunità di diritto*, cit., 123 ss. Con ciò non si vuole mettere in discussione la sovranità dei Paesi membri, ma l'uso di strumenti o argomenti che vanno oltre il quadro dell'Unione dovrebbe

della leale cooperazione quale imperativo che richiede un dialogo costante tra le istituzioni sovranazionali e gli Stati membri, nell'ottica del «pieno rispetto reciproco»[110], ossia il sostegno all'Unione e agli Stati membri nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati[111].

5. Il dovere di leale cooperazione e l'esigenza di unità della rappresentanza esterna.

Venendo al settore delle relazioni esterne, l'art. 4, par. 3, TUE è imprescindibilmente legato all'istituzione e alla realizzazione di un obiettivo d'unità della rappresentanza esterna. Tuttavia, l'unità della rappresentanza esterna non è un obiettivo esplicitamente previsto, ma derivante dal proposito di affermazione dell'identità dell'Unione sulla scena internazionale, precisato nell'art. 3, par. 5, TUE[112]. Il raggiungimento di questo obiettivo sarebbe messo a repentaglio se l'Unione europea e gli Stati membri si comportassero in modo autonomo e divergente.

Infatti, l'esistenza di competenze condivise e sovrapposte implica la partecipazione congiunta dell'Unione e degli Stati membri alle organizzazioni internazionali (partecipazione mista) o alla conclusione di accordi internazionali (accordi misti). Se l'esclusività garantisce l'affermazione dell'UE come attore unico, la partecipazione degli Stati membri comporta il rischio di frammentazione[113]. Ne consegue che la gestione delle competenze condivise implica una necessità di unità, poiché qualsiasi divergenza è in contraddizione con la complementarità e quindi contraria all'interesse dell'Unione.

L'esigenza di unità è quindi una necessità, un mezzo per affermare l'identità dell'UE a livello internazionale e illustra un obiettivo autonomo che non dovrebbe essere messo a repentaglio dall'azione internazionale degli Stati membri. A tal proposito, la Corte di giustizia ha accettato

essere limitato a casi estremi in cui gli Stati rilevano un conflitto insormontabile e sistematico tra la sfera sovranazionale e quella nazionale. G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 44, 3, 2020.

[110] In questo senso, un ruolo rilevante è giocato dalle Corti. Sul punto, si rinvia a K. Lenaerts, *National Identity, the equality of member States before the Treaties and the primacy of EU law*, in B. Carotti (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*. Atti della giornata di studio tra Corte costituzionale e Cgue, Roma, 2022, 9 ss. Id. *La cooperazione fra le alte Corti è essenziale alla democrazia e al progetto europeo – Aiutiamo i cittadini a capire le nostre sentenze*, intervista https://www.spreaker.com/user/11851781/intervista-lenaerts. Il principio di leale cooperazione si estende anche all'applicazione delle competenze della Corte di giustizia. Pur riconoscendo una certa autonomia agli Stati membri, la Corte di giustizia ha talvolta mancato nell'interpretare il principio di leale cooperazione come un impegno nei confronti dell'Unione europea, a spese delle prerogative degli Stati membri, suscitando così critiche. La Corte Costituzionale italiana ha giustamente sottolineato che un'espansione incontrollata di un diritto lo rende «tiranno» nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette. Cfr. Corte Cost., sent. n. 85 del 9 maggio 2013, punto 9. Le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón relative al procedimento Gauweiler forniscono indicazioni chiare su come dovrebbe svilupparsi il dialogo in questo contesto. Secondo l'Avvocato generale, le giurisdizioni nazionali devono presentare in modo leale le proprie questioni e perplessità, mostrando fiducia nella risposta che la Corte di giustizia fornirà. D'altra parte, la Corte di giustizia deve rispondere con il massimo grado di lealtà possibile, tenendo conto delle preoccupazioni espresse dalle corti nazionali. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Villalon del 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:7, punti 64-67. *Contra,* ad esempio, l'apposizione di veti al controllo sovranazionale, in nome dell'*ultra vires* R. Palladino, A. Festa, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *Eurojus*, 2/2022, 60.

[111] S. Sciarra, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?,* in G. Contaldi, R. Cisotta (a cura di), *Courts, Values and European Identity*, in *Eurojus,* 2023, 69 ss.; più in generale, A. Voßkuhle, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, 175 ss.; P. Bard, N. Chronowski, Z. Fleck, *Use, Misue and Abuse of Constitutional Identity in Europe*, in *CEU Working papers*, 2023/06.

[112] K.-P. Sommermann, *Article 3*, *The Treaty on European Union*, cit., 179 e 180.

[113] Per un approfondimento sul tema, si rinvia a A. Pisapia, *Gli accordi misti nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2019, 39 ss.

la dimensione autonoma del requisito dell'unità facendo sorgere un obbligo di stretta cooperazione, asserendo in definitiva che «l'esigenza di unità della rappresentanza internazionale della Comunità richiede inoltre una stretta collaborazione tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, nel processo di negoziazione e in quello di conclusione d[egli] accordi [misti]»[114]. La Corte di giustizia ha peraltro cristallizzato la considerazione anzidetta, sostenendo che tale obbligo di cooperazione discende dall'esigenza di «unità della rappresentanza internazionale della Comunità»[115].

Infatti, l'affermazione dell'UE come attore globale internazionale presuppone un agire comune e quindi univoco. Qualsiasi comportamento divergente, per vero, minaccia l'unità della rappresentanza esterna del gruppo europeo. Ne consegue che l'obiettivo dell'affermazione dell'identità internazionale dell'Unione europea si precisa attraverso l'obiettivo dell'unità della rappresentanza esterna, quest'ultimo autonomo.

Come osservato da autorevole dottrina[116], si potrebbe operare un parallelo con la dimensione interna del dovere di leale cooperazione, considerando la tutela giurisdizionale effettiva come obiettivo autonomo. Infatti, una tutela giurisdizionale effettiva è un mezzo per ottenere l'effettiva attuazione delle norme comuni ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE[117]. Tuttavia, mentre l'effettiva attuazione delle norme comuni è un obbligo di risultato, il grado di effettività della tutela giurisdizionale spetta al giudice nazionale ed è subordinato alla proporzionalità, dato che l'obbligo di esecuzione è da coniugare con l'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri. Per vero, l'art. 19, parr. 1 e 2, TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, prevedono che gli Stati membri debbano fornire ai contendenti mezzi di ricorso sufficienti per garantire una protezione giudiziaria efficace nei settori coperti dal diritto dell'UE[118]. Pertanto, posto che la tutela giurisdizionale effettiva è un obiettivo derivante dall'obbligo di attuare efficacemente le norme del diritto dell'UE, ed è dunque un obbligo di risultato. La discrezionalità dei mezzi riconosciuta al giudice nazionale si spiega se si considera che gli Stati membri hanno un obbligo negativo, vale a dire il dovere di astenersi da qualsiasi misura che possa mettere in pericolo il raggiungimento dell'obiettivo di una tutela giurisdizionale effettiva[119]. Parallelamente, l'unità della rappresentanza esterna è un obiettivo

---

[114] Corte Giust., parere 1/08 del 30 novembre 2009, *Accordo generale sugli scambi di servizi tabelle degli impegni specifici*, punto 136.

[115] Si veda in tal senso Corte Giust. delle Comunità europee, parere 1/94 del 15 novembre 1994, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 1994, I-5267 ss., spec. punto 108. In dottrina v. R. Schutze, *The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Powers*, in *Yearbook European Law*, 25, 2006, 91 ss.

[116] E. Neframi, *The duty of loyalty*, cit., 354.

[117] Si rinvia a Corte Giust., sent. 20 dicembre 2017, *Protect*, causa C-664/15, ECLI:EU:C:2017:987, punto 35; K. Lenaerts, *Upholding the Rule of Law within the EU*. Relazione della II conferenza Reconnect, Bruxelles, 5 luglio 2019, 20, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2019/08.pdf. Inoltre, il principio di leale cooperazione viene implicitamente richiamato, disgiuntamente all'art. 5, nella sentenza CILFIT. Ivi si è precisato che l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultima istanza «rientra nell'ambito della cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri». Corte Giust., sent. 6 ottobre 1982, *CILFIT*, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, punto 7.

[118] La Corte di giustizia ha precisato, sul punto, che ogni Stato membro deve assicurare che le proprie corti o i propri tribunali «soddisfino i requisiti di un'effettiva tutela giurisdizionale» istituendo «un sistema di ricorsi e procedure giudiziarie». Si rinvia a, Corte Giust., sent. 27 febbraio 2018, *ASJP*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, punto 30 e giurisprudenza posteriore.

[119] Rispetto all'onere in capo agli Stati membri di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali atto a soddisfare i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, cfr. Corte Giust., sent. 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, causa C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, punti 8, 109 e 112. Sull'effettività della tutela giurisdizionale, si rinvia a G. Gentile, *Effective judicial protection: enforcement, judicial federalism and the politics of EU law*, in *European Law Open*, 2022, 4 ss., DOI: 10.1017/elo.2022.48.

che scaturisce dall'obbligo di affermare l'identità dell'UE sulla sfera internazionale e rientra nell'obbligo di leale cooperazione astenersi da qualsiasi misura che possa ostacolarne il raggiungimento. L'obbligo negativo è infatti atto a conciliare l'esigenza di unità con il mantenimento della sovranità nazionale e l'azione internazionale individuale. Ciò detto, di fronte ad «un'Europa dimezzata»[120] in cui si assiste a flebili speranze di pace e alla riottosità degli Stati membri, sempre più legati all'interesse proprio e non comune[121], si profila una necessaria solidità istituzionale del principio di leale cooperazione, al fine di perseguire una «cooperazione organizzata con un alto grado di integrazione effettiva»[122], che abbia a cuore la tutela dell'«identità stessa dell'UE come ordinamento giuridico comune»[123].

6. Riflessioni conclusive. La ricerca del giusto equilibrio tra gli interessi dell'Unione e quelli degli Stati membri è una caratteristica costante del processo di integrazione europea[124]. Il presente contributo ha cercato di elaborare una mappa degli assiomi che governano questo esercizio di bilanciamento e delle possibili traiettorie giuridiche dei suoi risultati, concentrandosi in particolare sul principio di leale cooperazione. È stato ribadito, infatti, che il dovere di leale cooperazione è un principio generale inerente all'appartenenza all'UE e che ben si concilia al valore/dovere di solidarietà, in un'ottica di completamento. Per vero, si è osservato come gli obblighi derivanti dall'art. 4, par. 3, TUE possono riguardare l'efficacia nell'attuazione delle regole comuni ovvero altri aspetti che favoriscono gli interessi dell'Unione, quali, ad esempio, quelli di garantire l'integrità del mercato nella concorrenza e al contempo dei valori dell'Unione, realizzare una politica energetica coerente ovvero soddisfare il requisito di unità al fine di stabilire l'identità dell'Unione sulla scena internazionale, ciò detto soprattutto in contesti emergenziali.
È altresì emerso che la leale cooperazione è un principio «flessibile» capace di regolare la varietà delle interazioni che possono emergere tra interessi sovranazionali e nazionali in un quadro che garantisca il raggiungimento di un'«Unione sempre più stretta» tra gli Stati dell'UE. Sebbene quest'ultimo assunto ripone in sé una caratteristica importante che consente agli Stati membri di preservare le loro prerogative nazionali derogando agli obblighi derivanti dall'Unione, e di partecipare al processo di integrazione dell'UE nell'ambito di politiche comuni, pur godendo di un significativo margine di differenziazione, ciò vale entro determinati limiti[125]. Più specificatamente, l'obbligo degli Stati membri di interpretare il

[120] L'espressione appartiene a S. Fabbrini, *L'Europa dimezzata in un mondo pericoloso*, in *il Sole 24 Ore*, 25 maggio 2023.
[121] S. Fabbrini, *Europa centrifuga di fronte alla guerra*, in *il Sole 24* ore, 25 marzo 2024. In questo senso si è espresso anche C. Crounch sulle pagine dell'intervista rilasciata al Corriere della Sera, si rinvia a M. Ferrera, *Il vicolo cieco del nazionalismo,* in *il Corriere della Sera*, 25 giugno 2023.
[122] G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit., 9.
[123] K. Lenaerts, *National Identity*, cit. Ciò significa che gli elementi identitari non dovrebbero essere utilizzati come un pretesto per violare o indebolire il diritto dell'UE, ma piuttosto come una parte integrante di un sistema di valori condivisi all'interno dell'Unione. G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, 27/2022.
[124] Cfr. J. Schwarze, *Balancing EU integration and national interests in the case-law of the Court of Justice. In Court of Justice of the European Union*, in Cour de Justice de l'Union européenne (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on sixty years of case-law – La Cour de Justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, L'Aia, 2013, 257-278.
[125] In generale, G. Di Federico, *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, 25, 3, 2019, 347-380. Dunque si assume che le suddette prerogative che non vadano a vanificare gli obiettivi dell'Unione Pertanto, l'invocazione di elementi identitari come controlimiti al rispetto del diritto sovranazionale può essere superata attraverso la prospettiva dei «controlimiti condivisi» o, per dirla in altri termini, dei «controlimiti comuni». F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 211 e dottrina richiamata.

diritto nazionale in conformità con il diritto dell'Unione è circoscritto all'attuazione di quest'ultimo, pertanto, è opportuno considerare gli obiettivi dell'Unione e i valori europei come criteri interpretativi del diritto nazionale, al fine di promuoverne l'armonizzazione[126]. Questo approccio implica che il principio di leale cooperazione operi come una «passerella» tra le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri[127], contribuendo ad attenuare i fenomeni distorsivi derivanti dal perseguimento di interessi nazionali in conflitto con quelli comuni e permettendo al diritto dell'Unione europea di influenzare anche la condotta degli Stati membri in relazione alle loro prerogative[128].

In una visione a lungo termine, i progetti che promuovono il futuro dell'Europa dovrebbero dunque sentire l'urgenza di affermare più convintamente l'identità e l'unità europea, ponendole al di sopra delle «ideologie» dei linguaggi o delle dialettiche nazionaliste[129] pervase dall'impegno in una lotta per l'egemonia e l'incitamento alla rivalità. Sarebbe auspicabile uno sforzo unanime, non solo dal punto di vista giurisprudenziale, ma soprattutto politico[130], con ciò richiamando alla responsabilità delle classi dirigenti che non si esaurisce nella competenza, ma che ha bisogno di saggezza[131], così contribuendo a valorizzare il principio di leale cooperazione e salvaguardare i valori delle democrazie pluraliste ovvero dell'Europa nel suo complesso. Nella prospettiva appena descritta, la leale cooperazione non è solo un principio che permea ogni interazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, ma rappresenta soprattutto un metodo[132], capace di per porre un argine all'arbitrio[133].

In definitiva, il processo d'integrazione si conferma ancora una «realizzazione in divenire», il cui contenuto dipenderà realisticamente dalle misure che l'UE riuscirà ad approvare[134], dalla tutela accordata ai valori, dunque, dalla genuina collaborazione[135] tra UE e Stati membri che

126 K.-P. Sommermann, *Article 3*, cit., 163.

127 Per un'analisi del principio di attribuzione delle competenze e al suo disporre nella prassi recente, si rinvia a R. Cisotta, *Rigidità e flessibilità del sistema delle competenze dell'UE alla luce della prassi recente*, in *Diritto pubblico*, 3/2022.

128 L'espressione «passerella» appartiene a F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 89 ss. L'A. rinviene tale constatazione in Corte Giust, sent. 2 aprile 2020, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia e a.*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, punto 45, ECLI:EU:C:2020:257, in cui la Corte di giustizia, riferendosi alla possibilità, prevista dall'art. 72 TFUE, di far valere prerogative nazionali per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha chiarito che il riconoscimento di siffatte prerogative agli Stati non consente di dedurre l'esistenza di «una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Ammettere una riserva del genere […] rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione».

129 G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale,* cit.; R. Napoletano, *Le egemonie nazionali,* cit. Si rinvia anche a S. Fabbrini, *I poteri di veto che bloccano l'Europa,* in *il Sole 24 Ore*, 26 maggio 2023. Giova un rimando all'idea di nazione di F. Chabod, in cui l'A. antepone la sua visione europeista, nel richiamo a Mazzini, a quella del nazionalismo esclusivista e potenzialmente aggressivo. Il riferimento spiccato è dunque all'integrazione europea.

130 In tal senso e riprendendo le parole di Delors, posto che «l'Europa non è una federazione come gli Stati Uniti. Per creare una democrazia comune gli intermediari non possono che essere i governi nazionali e se questi scelgono di parlare dell'Europa di oggi come se fossimo ancora ai tempi del Congresso di Vienna, allora non c'è niente da fare»; pertanto, «[…] senza una volontà politica superiore vivificata da un organismo centrale, questa attività europea apparirà senza calore, senza vita ideale». Parlamento europeo, Jacques Delors, *L'Europa ha bisogno di un'anima*, 8 ottobre 2010, https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/eu-affairs/20101006STO85428/jacques-delors-leuropa-ha-bisogno-di-un-anima.

131 S. Carrubba, *Mercato-Democrazia, un'Unione fragile*, in *il Sole 24 Ore*, 28 maggio 2023.

132 F. Casolari, *La leale cooperazione*, cit., 210 ss.

133 Nel senso che «non esistono altre vie per ricercare il giusto punto di equilibrio tra i valori comuni europei indicati nell'articolo 2 del TUE e l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri, cui fa riferimento l'articolo 4, paragrafo 3, del TUE». P. Curzio, *L'Identità nazionale degli Stati membri e il Primato del diritto dell'Unione Europea*, in B. Carotti (a cura di), *Identità nazionale*, cit.

134 L. Daniele, *Articolo 26 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, cit., 535.

135 P. De Pasquale, M. Cartabia, C. Iannone, *Articolo 4 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, cit., 29.

aspiri all'anima[136] europea. In linea con lo spirito della dichiarazione della Commissione delle Comunità europee sullo Stato della C.E.E. (1974): «L'Europa sta attraversando una grande prova […] che pone crudamente in luce le sue debolezze e la sua dipendenza, ma che anche dimostra in modo lampante la sua necessità di essere unita»[137].

Abstract. Negli ultimi anni, l'Unione europea ha affrontato diverse crisi che hanno messo a dura prova la sua *governance*, la coesione tra gli Stati membri e l'identità europea. Il presente contributo si concentra sul principio di leale cooperazione, quale elemento chiave per garantire l'unità europea. Si sostiene che il predetto principio si basa su una comprensione condivisa degli interessi comuni dell'UE e dei suoi Stati membri e che svolge un ruolo fondamentale nell'affrontare le varie crisi che attraversano l'UE. Il testo esamina poi la complementarietà tra la leale cooperazione e la solidarietà. La solidarietà è un valore che sorregge gli obiettivi politici e sociali dell'UE, mentre la leale cooperazione è il mezzo pratico attraverso il quale questi obiettivi sono perseguiti. L'articolo prosegue discutendo come i principi di leale cooperazione e solidarietà possano essere applicati in vari settori, come la politica energetica, il diritto della concorrenza rapportato alla tutela dei valori comuni e la rappresentanza esterna. In definitiva, la leale cooperazione è un elemento chiave per promuovere una visione condivisa del futuro dell'UE.

Abstract. In recent years, the European Union has faced several crises that have challenged its governance, cohesion between member states, and European identity. This contribution focuses on the principle of loyal cooperation as a key element in ensuring the unity of the European Union. It is argued that the principle is based on a shared understanding of the common interests of the EU and its member States and that it plays a crucial role in resolving the various crises facing the EU. The text then examines the complementarity between loyal cooperation and solidarity. Solidarity is a value that supports the political and social objectives of the EU, while loyal cooperation is the practical means by which these objectives are pursued. The article goes on to discuss how the principles of loyal cooperation and solidarity can be applied in various areas, such as energy policy, competition policy related to the protection of common values, and external relations. Ultimately, this contribution highlights that loyal cooperation is a core element in promoting a shared vision of the EU's future.

Parole chiave. Identità europea – leale cooperazione – solidarietà – interessi comuni – unità.

Key words. European identity – loyal cooperation – solidarity – common interests – unity.

[136] Parlamento europeo, Jacques Delors, *L'Europa ha bisogno di un'anima*, cit.
[137] Dichiarazione della Commissione delle Comunità europee sullo Stato della C.E.E., Bruxelles, 31 gennaio 1974, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 41, 1/161, gennaio-marzo 1974, 130-133.

L'INFLUENZA EUROUNITARIA SULL'ESPANSIONE DEL CONTRADDITTORIO NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI*

di Francesco Giacalone**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il contraddittorio endoprocedimentale nel diritto e nella giurisprudenza dell'Unione europea. – 3. L'annosa questione dell'ambito di applicazione dell'art. 41 CDFUE e il richiamo al principio generale alla protezione del diritto ad essere ascoltati nei procedimenti amministrativi europei «indiretti» e «misti». – 3.1. L'ambivalenza della giurisprudenza europea dinanzi all'omissione non invalidante del contraddittorio endoprocedimentale. – 4. Le ricadute nei procedimenti amministrativi di rilevanza meramente interna. Il caso italiano. – 4.1. Il *self restraint* della Corte di giustizia dinanzi alle eccezionali peculiarità degli ordinamenti nazionali: il contraddittorio nella procedura per il rilascio dell'informazione antimafia. – 4.2. Principio di uguaglianza e contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria: da Corte cost., sentenza n. 47/2023, al d.lgs. n. 219/2023. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione. «Azione amministrativa» e «partecipazione» rappresentano, nelle tradizioni giuridiche delle democrazie pluraliste europee, un binomio essenziale quanto imperfetto[1].
Si tratta di una questione che affonda le sue radici in una concezione del potere esecutivo, tipica degli Stati assoluti e di fatto trasfusa nei modelli liberali, che vede nell'Amministrazione un soggetto autonomo e distinto a cui la legge, stabilendo l'interesse pubblico, conferisce la responsabilità di perseguire specifiche finalità anche tramite la compressione di altri interessi e, più in generale, di posizioni giuridiche soggettive[2]. Un rapporto, quello fra soggetto pubblico e privato, così descrivibile in termini antagonistici e che, a ben vedere, rappresenta ancora oggi la base teorica essenziale con cui si spiegano molte delle logiche e delle criticità che afferiscono ai moderni diritti amministrativi[3].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottorando di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti – Università di Palermo.

[1] La questione continua a suscitare un enorme interesse nella dottrina italiana. Pur senza alcuna pretesa di esaustività si rammentano gli scritti di C. Borgia, *L'arduo percorso verso il riconoscimento della previsione generale della partecipazione difensiva nei procedimenti tributari*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 4, 2023, 960 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, 2012, 1272 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 378 ss.; P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 291 ss.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi,* in RTDP, 2000, 1; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2019, 597 ss.; M.C. Romano, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa,* Torino, 2016, 283 ss.; A. Russo, F. Santagata, *Il contraddittorio endoprocedimentale: è possibile limitare la sua applicazione?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 48 ss.; F. Saitta, *Per un contraddittorio "preso sul serio" nei procedimenti esecutivi*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 395 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo,* Torino, 2019, 200 ss.; A. Zito, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 228 ss.

[2] M.S. Giannini, *Il potere pubblico*, Bologna, 1986, 28 ss.

[3] F. Giglioni, S. Lariccia, (voce) *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa,* in *Enc. Dir.*, IV, 945.

È vero, tuttavia, che la formazione dei sistemi di giustizia amministrativa di stampo liberale e soprattutto l'avvento delle Costituzioni, all'indomani del secondo conflitto mondiale, hanno minato sensibilmente la solidità di tale impostazione. Esse, infatti, pongono l'uomo, inteso sia individualmente che nelle formazioni sociali, al centro dell'organizzazione e dell'esercizio dei poteri pubblici, rendendo l'ordinamento maggiormente sensibile alle esigenze di partecipazione degli amministrati all'attività amministrativa.

L'inclusione effettiva del *demos* nella gestione della Cosa pubblica è così divenuta un'esigenza non risolvibile esclusivamente tramite il riconoscimento – a sua volta imprescindibile – del suffragio universale, ma ha richiesto allo Stato di affiancare alla tutela prevalentemente «passiva» dei diritti di libertà, interventi «attivi» finalizzati alla cura dei diritti sociali e, più in generale, alla riduzione delle disuguaglianze materiali, specie tramite operazioni dirette alla correzione del mercato, alla redistribuzione della ricchezza e all'orientamento di determinate dinamiche sociali.

Tra i naturali risvolti di questo percorso è dato registrare la sempre maggiore centralità dell'Amministrazione pubblica, che ha assistito ad un ampliamento delle proprie funzioni – con la relativa complicazione delle strutture organizzative –, nonché all'evoluzione dei contenuti dei poteri riconosciutele dalla legge, sempre più tecnici e/o discrezionali, e ciò anche in forza di fattori ultronei a quelli già commentati che spaziano dall'emersione di nuove esigenze sociali, alla più ampia tecnicizzazione di molti settori, dalla globalizzazione socioeconomica, all'ormai acclarata crisi partitica e dei Parlamenti.

L'azione congiunta di tutti questi fattori ha perciò reso la partecipazione ai processi decisionali delle Amministrazioni pubbliche non solo uno degli elementi importanti dei sistemi democratici, ma financo il «principio dei principi», consustanziale alla loro stessa realizzazione[4]. Rispetto al passato, dove pure il condizionamento ad opera dei privati dell'azione amministrativa non era un'ipotesi del tutto remota[5], i sistemi ordinamentali contemporanei e il dibattito teorico che li interessa non solo riconoscono con nettezza la valenza giuridica del vincolo che certi istituti partecipativi pongono sull'Amministrazione, ma, in chiave evolutiva, tendono gradualmente ad erodere gli argini ancora presenti. Si tratta, com'è chiaro, di un percorso tortuoso ove, pur guardando al procedimento amministrativo con un approccio culturale nuovo – di diretta matrice costituzionale –, occorre non compromettere la capacità dei soggetti pubblici di assolvere compiutamente alla funzione loro assegnata.

Una problematica – quella della partecipazione del privato nei procedimenti amministrativi – ancor più spiccata nell'ambito dell'ordinamento eurounitario, e ciò perché il graduale ma repentino transito da un'Unione «senza amministrazione» a un'Unione con funzioni e apparati amministrativi estremamente articolati ha acuito la tradizionale diatriba sulla legittimità democratica della sua azione, mentre l'individuazione di soluzioni procedurali è stata resa particolarmente complessa dal constante confronto e dalla necessaria mediazione tra esperienze giuridiche diverse (talvolta tanto diverse, se solo si pensa al graduale allargamento dei confini dell'Unione verso oriente)[6].

Nel presente studio si ragionerà su quello che in dottrina è stato qualificato come diritto partecipativo di prima generazione, ovverosia il contraddittorio endoprocedimentale per

[4] M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, 132.

[5] Già la dottrina più risalente non ha mancato di sottolineare la tendenza dell'Amministrazione pubblica a porsi coi privati in una dimensione sostanzialmente dialogica. Sul tema, G. Berti, *Dalla unilateralità alla consensualità dell'azione amministrativa*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 33 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

[6] Per un più attento approfondimento si rinvia a E. Chiti, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 47 ss.

finalità difensive[7]. Si osserveranno, pertanto, genesi, sviluppo e livelli di tutela nell'ordinamento europeo cercando di capire se, come ed entro quali limiti gli approdi ivi raggiunti siano poi in grado di produrre specifiche refluenze a vocazione conformativa negli ordinamenti nazionali, in special modo in quello italiano. L'indagine si concentrerà, pertanto, sulle relazioni tra UE e Stato membro che si inseriscono, tuttavia, all'interno di un sistema di influenze ben più ampio – e che in questa sede rimarrà sullo sfondo – che contempla anche gli impatti promananti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle pronunce della Corte di Strasburgo[8], dai diretti scambi di esperienze giuridiche tra Stati e fors'anche dal problematico quanto affascinante «diritto amministrativo globale»[9].

2. Il contraddittorio endoprocedimentale nel diritto e nella giurisprudenza dell'Unione europea. Il contraddittorio endoprocedimentale ha trovato, in sede europea, un riconoscimento originariamente circoscritto nell'ambito della disciplina di specifici procedimenti amministrativi, tanto da disposizioni di rango primario[10], quanto, più di frequente, da previsioni di diritto derivato[11].

Un contributo essenziale all'opera di ampliamento e generalizzazione del campo di operatività del diritto in esame è stato offerto, innanzitutto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, proprio prendendo le mosse dalle summenzionate previsioni di settore e dalle tradizioni giuridiche comuni dei Paesi membri[12], ha elevato il contraddittorio a principio generale in quanto coessenziale alla protezione del diritto di difesa riconosciuto a coloro le cui posizioni giuridiche fossero lese dall'azione dell'Amministrazione[13]. Si tratta, pertanto, di

---

[7] F. Bignami, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in F. Bignami, S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 87 ss. Per l'Autrice la seconda generazione è composta dal «diritto alla trasparenza», mentre rientrano nella terza generazione i diritti dei cittadini e delle associazioni a partecipare ai procedimenti legislativi e, più in generale, di *rulemaking*.

[8] Sul tema, G. Greco, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 265 ss.; S. Valaguzza, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1375 ss.

[9] Sul tema, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

[10] Ai sensi dell'art. 36, par. 1 del Trattato CECA «L'Alta Autorità, prima di adottare una delle sanzioni pecuniarie o di fissare una delle penalità previste dal presente Trattato, deve porre l'interessato in condizioni di presentare le sue osservazioni».

[11] *Ex multis*, si vedano l'art. 18 del Reg. 4064/89/CEE, relativo ai procedimenti di controllo sulle fusioni tra imprese, e l'art. 11 del Reg. 2026/97/CE, relativo all'audizione nel contesto dei procedimenti *antidumping*.

[12] In ordine all'influenza che la tradizione giuridica inglese e, in parte, quella tedesca hanno prodotto sulla giurisprudenza della Corte di giustizia nell'affermazione del diritto ad essere ascoltati si rinvia a F. Bignami, *op. cit.*, 90 ss.; J. Schwarze, *Judicial review in EC law – Some reflections on the origins and actual legal situation*, in *Int. Comp. Law Quar.*, 1, 2002, 17 ss.; Id., *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami, S. Cassese (a cura di), *op. cit.*, 134 ss. Sul tema appare estremamente interessante il lavoro di G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, 252 ss., che, pur muovendosi lungo un orizzonte di indagine globale, delinea molto chiaramente le linee di tendenza sviluppatesi nelle tradizioni amministrative degli Stati europei, evidenziandone le convergenze frutto «di princìpi di giustizia naturale che affondano le loro radici in diverse tradizioni e culture giuridiche» (p. 252). In termini generali, il principio inquisitorio che connota l'istruttoria endoprocedimentale a livello europeo – diversamente dal metodo statunitense dell'*adversial* – ha richiesto ovunque l'introduzione di meccanismi che consentano al soggetto interessato di intervenire, specie se si tratta di provvedimenti sanzionatori o comunque restrittivi della sfera giuridica individuale. E tuttavia, pur potendo definire un minimo comune denominatore, rimangono presenti evidenti differenze tra i sistemi nazionali sia sul profilo strettamente procedurale, che su quello dell'effettiva estensione delle garanzie. Per un'attenta analisi dei vari ordinamenti amministrativi europei si rimanda a M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, *passim*; R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, *passim*.

[13] Tra le altre, Corte Giust., sentenza del 18 dicembre 2008, C-349/07, *Sopropé,* ECLI:EU:C:2008:746, § 36 ss.; Corte Giust., sentenza del 22 novembre 2012, C-277/11, *M.*, ECLI:EU:C:2012:744, § 81 ss.; Corte Giust.,

un diritto che trova tutela «anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi»[14].

Sarà tuttavia solo con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti «CDFUE» o «Carta») che esso ha trovato definitiva e generale consacrazione, quale corollario del «diritto ad una buona amministrazione», in una norma che dopo il Trattato di Lisbona è divenuta fonte primaria[15]. L'art. 41 della Carta precisa, infatti, che «[o]gni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione», obiettivo perseguibile, tra l'altro, solo garantendo l'ascolto a ogni soggetto «prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che [gli] rechi pregiudizio»[16]. Eppure, la dottrina più attenta non ha mancato di individuare un secondo fondamento – seppur implicito – nel diritto primario, rappresentato dall'art. 15 TFUE, a mente del quale «le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile», così da promuovere «il buon governo e garantire la partecipazione della società civile»[17].

Sul piano contenutistico, il diritto ad essere ascoltati richiede che i destinatari del provvedimento siano posti in condizione di far conoscere il proprio punto di vista sugli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione[18], così onerando l'Amministrazione procedente di dare atto dei rilievi eventualmente sollevati dal privato nell'itinerario motivazionale che accompagna il provvedimento[19]. L'effettività del contraddittorio, pertanto, è strumentalmente connessa all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento[20], al diritto di accesso agli atti[21] e, per l'appunto, al dovere di motivazione del provvedimento.

E tuttavia si tratta di un diritto dalla portata variabile in relazione agli specifici caratteri del procedimento a cui afferisce. Sicché, il contraddittorio assumerà un peso maggiore nelle

sentenza 3 luglio 2014, C-129/13, *Kamino International Logistics*, ECLI:EU:C:2014:2041, § 28 ss.; Corte Giust., sentenza del 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega*, ECLI:EU:C:2014:2336, § 42 ss.

[14] Corte Giust., sentenza del 29 giugno 1994, *Fiskano AB*, C-135/92, ECLI:EU:C:1994:267, § 39.

[15] Art. 6, par. 1 TUE. Sul dibattito afferente al valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si rinvia, *ex multis*, a L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, 193 ss.

[16] A commento dell'art. 41 CDFUE si vedano R. Bifulco, *Sub art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 284 ss.; C. Celone, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.,* 3, 2016, 669 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4, 2005, 819 ss.; P. Piva, *Spiegazione relativa all'articolo 41 – Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 753 ss.; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2-3, 2002, 425 ss.

[17] P. Provenzano, *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Argomenti (e materiali)*, Torino, 2020, 114 ss.

[18] Corte Giust., sentenza del 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH*, ECLI:EU:C:1970:73, § 9; Trib. UE, sentenza del 16 marzo 2016, T-103/14, *Frucona Košice a.s.*, ECLI:EU:T:2016:152, § 47 ss. Di converso, il diritto all'ascolto difensivo è da ritenersi violato ogniqualvolta il provvedimento amministrativo si fondi su elementi non preliminarmente contestati al privato. In tema, Trib. CE, sentenza del 10 marzo 1992, T-9/89, *Hüls AG*, ECLI:EU:T:1992:31, § 38 ss.; Trib. UE, sentenza del 13 dicembre 2018, T-827/14, *Deutsche Telekom AG*, ECLI:EU:T:2018:930, § 117 ss.

[19] Corte Giust., sentenza del 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, § 9 ss.

[20] Corte Giust., sentenza del 14 novembre 1984, C-323/82, *Intermills*, ECLI:EU:C:1984:345, §17.

[21] Sul punto C. Celone, *op. cit.*, 687. Ma si veda anche P. Provenzano, *op. cit.*, 116 ss.

ipotesi in cui l'Autorità eserciti un potere ampiamente discrezionale[22], ovvero nel caso di provvedimenti capaci di incidere in maniera particolarmente rilevante sulla sfera giuridica del soggetto interessato[23].

D'altro canto, non possono sottacersi le situazioni di potenziale conflitto tra l'esercizio del diritto ad essere ascoltati e la tutela dell'efficienza di specifici procedimenti amministrativi – si pensi ai casi in cui sussistano «ragioni di urgenza»[24] – ovvero di efficacia dei relativi provvedimenti – si guardi alle circostanze in cui occorre salvaguardarne «l'effetto sorpresa»[25]. In queste ultime ipotesi, infatti, è possibile limitare o, quale *extrema ratio*, eliminare del tutto il contraddittorio endoprocedimentale[26], purché tali soluzioni, in armonia con la previsione dell'art. 52, par. 1 CDFUE, «rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti […] garantiti»[27].

A ben vedere, inoltre, nella giurisprudenza europea la piena garanzia del contraddittorio tra privato e Amministrazione assume una sua specifica rilevanza anche in connessione al diritto ad un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 della Carta[28]. Invero, la sua anticipazione già in sede procedimentale non solo consente la deflazione del contenzioso, magari evitando l'adozione di provvedimenti idonei, nelle more del giudizio, a produrre effetti non sempre del tutto risanabili, ma permette al privato di promuovere difese – specie quelle attinenti al merito di potestà amministrative fortemente discrezionali – che con difficoltà possono essere fatte valere dinanzi a organi giurisdizionali che, per garantire il rispetto del basilare principio di riparto dei poteri, sono più propensi ad esercitare forme di sindacato debole o estrinseco[29].

---

[22] Corte Giust., sentenza del 21 novembre 1991, C-269/90, *Technische Universität München*, ECLI:EU:C:1991:438, § 14.

[23] Corte Giust., sentenza del 28 maggio 1980, C- 33/79 e C-75/79, *Kuhner*, ECLI:EU:C:1980:139, § 25.

[24] Corte Giust., sentenza del 15 giugno 2006, C-28/05, *G.J. Dokter e a.*, ECLI:EU:C:2006:408, § 23 ss.

[25] Trib. CE, sentenza del 12 dicembre 2006, T-228/02, *People's Mojahedin Organization of Iran*, ECLI:EU:T:2008:7, § 63 ss.

[26] Come evidenziato da D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della carta dei diritti UE)*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 194 ss., la dottrina ha espresso forti perplessità riguardo all'ipotesi di un totale abbattimento delle garanzie partecipative endoprocedimentali. Si richiamano, sul punto, anche le riflessioni dell'Avv. Gen. J.P. Warner del 14 febbraio 1979 nelle cause riunite C-113-118-121/77, secondo cui «è indubbio che il diritto di esporre i propri argomenti è soggetto alla condizione generale che esso sia compatibile con le esigenze di un'amministrazione efficiente. Vedasi ad esempio il § 18 del *memorandum* esplicativo allegato alla Risoluzione sulla tutela dei singoli, relativamente agli atti delle autorità amministrative, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 settembre 1977 (n. 31/77), in cui si dichiara: «Se, ad esempio, l'adozione dell'atto amministrativo non può venir ritardata, si può fare a meno di sentire l'interessato. Nello stesso modo si procede allorché, per altri pertinenti motivi, è impossibile o eccessivamente difficoltoso procedere alla sua audizione». L'applicazione di questa eccezione mi pare debba però essere contenuta entro adeguati limiti».

[27] In questi termini Corte Giust., sentenza 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, ECLI:EU:C:2017:843, § 16. La posizione è ribadita in altre pronunce, tra cui si rammentano Corte Giust., sentenza 26 settembre 2013, C-418/11, *Texdata Software*, ECLI:EU:C:2013:588, § 70 ss., nonché Corte Giust., sentenza 3 luglio 2014, C-129/13, *Kamino International Logistics*, ECLI:EU:C:2014:2041, § 42.

[28] Si tratta di un collegamento individuato anche dalle Spiegazioni dell'art. 41 CDFUE stilate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta, secondo le quali «[i]l diritto a un ricorso effettivo, che costituisce un aspetto importante della questione, è garantito all'articolo 47 della presente Carta». Per parte della dottrina, richiamata da P. Piva, *op. cit.*, 759, la sede ideale per la tutela del diritto all'ascolto difensivo avrebbe dovuto essere proprio l'art. 47 cit.

[29] Riecheggiano sullo sfondo le sempreverdi riflessioni di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, sui modelli di interazione tra processo e procedimento a cui si rinvia. Sul tema anche P. Duret, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.

Sul piano delle conseguenze, infine, la violazione del diritto ad essere ascoltati comporta di norma l'annullamento dell'atto amministrativo[30]. La questione porta con sé, tuttavia, l'annoso dibattito afferente ai limiti entro cui è possibile dequotare un vizio procedurale in favore di letture sostanzialistiche vocate alla logica del raggiungimento dello scopo. Ma sul tema si tornerà brevemente più avanti.

3. L'annosa questione dell'ambito di applicazione dell'art. 41 CDFUE e il richiamo al principio generale alla protezione del diritto ad essere ascoltati nei procedimenti amministrativi europei «indiretti» e «misti». Posti i contenuti, così come esplicitati dalla giurisprudenza eurounitaria, del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, non rimane che interrogarsi sul suo campo di applicazione, se, in altri termini, esso operi solo nell'ambito dei procedimenti amministrativi direttamente rimessi alle istituzioni e agli organismi dell'Unione (c.d. amministrazione europea diretta) ovvero se si estenda anche alle procedure nazionali, avendo cura di distinguere, in tal caso, le ipotesi in cui le Amministrazioni dello Stato diano attuazione o esecuzione al diritto europeo (c.d. amministrazione europea indiretta) ovvero, in termini più generali, esercitino funzioni anche solo parzialmente rimesse all'UE (si pensi alle numerose ipotesi di amministrazione europea *latu senso* «mista»)[31], da quelle di mera rilevanza interna.

Una risposta a tali questioni richiede una preliminare analisi delle disposizioni della Carta. Invero, fermo il riparto delle competenze[32], esse «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»[33]. Una regola generale che pare però essere derogata, in base al criterio di specialità[34], proprio dalla lettera dell'art. 41 CDFUE che limita il campo di operatività del diritto ad una buona amministrazione – e, dunque, del diritto ad essere ascoltati che ne rappresenta un corollario – ai soli casi di amministrazione europea diretta[35].

Pur non senza oscillazioni[36], la Corte di giustizia ha prevalentemente abbracciato una tesi ermeneutica letterale, escludendo espressamente che il diritto in esame operi nell'ambito dei procedimenti affidati alle Amministrazioni nazionali, anche quando esse siano chiamate ad attuare o eseguire il diritto europeo ovvero nel caso di amministrazione «mista». È stato sostenuto, infatti, che con l'art. 41 cit. il legislatore eurounitario abbia legittimamente voluto stabilire uno *standard* di tutela dei diritti ivi contenuti elevato e autonomo, circostanza non controvertibile alla luce della chiara formulazione della disposizione – a cui fa seguito

[30] Art. 263, par. 2, TFUE.

[31] Non è questa la sede per un approfondimento sui diversi modelli di amministrazione europea, per i quali si rinvia, *ex multis*, a L. Baroni, *Amministrazione diretta, amministrazione indiretta e cooperazione amministrativa: riflettendo sui modelli di amministrazione nella PAC*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2011, 95 ss.; S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri, M. Morisi (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007.

[32] Ai sensi dell'art. 51, par. 2 CDFUE la «*Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati*».

[33] Art. 51, par. 1 CDFUE.

[34] Al criterio di specialità fa espresso richiamo B. Civitarese Matteucci, *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.,* 7, 2012, 1680.

[35] Si ribadisce, infatti, che le garanzie dell'art. 41 CDFUE si estendono ai procedimenti di «*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*».

[36] Ad esempio, in Corte Giust., sentenza del 22 novembre 2012, C-277/11, *M.*, ECLI:EU:C:2012:744, § 84, si legge, con riferimento all'art. 41 CDFUE, che «[è] *giocoforza constatare che, come emerge dalla sua stessa formulazione, tale disposizione è di applicazione generale*».

un'altrettanta chiara *voluntas legis* – e dell'argomento sistematico, essendovi altre previsioni della Carta che riconoscono diritti fondamentali ai singoli nei casi in cui essi instaurino un rapporto diretto con gli organi amministrativi e politici dell'Unione[37].

D'altro canto, non è mancato chi ha evidenziato i punti di incongruità di tale impostazione col plesso di valori e princìpi guida dell'ordinamento eurounitario, nonché col sistema di garanzie dei diritti fondamentali elaborato dalla stessa giurisprudenza della Corte[38]. Ed in effetti, un approccio ermeneutico restrittivo sembra produrre non poche aporie rilevanti.

Innanzitutto, è evidente il rischio che si generino, in violazione del principio di uguaglianza, pericolose sperequazioni di tutela frutto della giustapposizione di livelli di protezione potenzialmente disomogenei non per la natura o per i caratteri propri della funzione esercitata, quanto in relazione al soggetto a cui essa è affidata, se, dunque, si tratta di un'istituzione europea o di una nazionale, persino quando, in tale ultima ipotesi, la norma attributiva del potere risieda comunque in ambito europeo[39]. È stato osservato, infatti, che in base a percorsi ermeneutici informati a criteri assiologici e teleologici sarebbe del tutto irragionevole l'introduzione di soluzioni che consentano, a livello statale, un abbassamento degli *standard* di tutela dei diritti affermati dalla Carta[40].

Oltretutto, così definito, il perimetro del campo di operatività delle garanzie di cui all'art. 41 CDFUE risulta essere tutt'altro che netto se solo si guarda all'attuale complessità dei modelli di amministrazione europea, ove si osservano sempre più di frequente casi in cui la titolarità della funzione amministrativa ricade su soggetti diversi – al contempo nazionali ed eurounitari – che coniugano la propria azione nell'ambito dello stesso procedimento sulla base di rapporti di necessità e complementarietà spesso inestricabili. In tali ipotesi, non solo si farebbero concrete le difficoltà di definire quale livello di protezione debba essere di volta, in volta garantito, ma si correrebbe addirittura il rischio di assistere a *standard* di tutela differenti nell'ambito della stessa procedura, a seconda del soggetto – nazionale o europeo – a cui è rimessa la cura delle singole fasi.

Non può sottacersi, infine, che l'applicazione restrittiva dell'art. 41 della Carta potrebbe condurre anche a un'inammissibile elusione del sistema di protezione giurisdizionale dei diritti derivanti da norme dell'Unione delineato dalla Corte di giustizia che, nel definire le condizioni di operatività del principio di autonomia processuale degli Stati membri, ha in più sedi ribadito la necessaria equivalenza, a parità di circostanze, tra i presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato e quelli che fondano la responsabilità dell'UE[41]. Infatti, «la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto [europeo] non può variare in funzione della natura, nazionale o [europea], dell'organo che ha cagionato il danno»[42].

Sicché, in dottrina si è sostenuto che «discettandosi di diritti di cittadinanza dell'Unione e non già nazionale e, dunque, essendosi voluto connotare il diritto ad una buona

---

[37] In questi termini le conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa *Ispas* (C-298/16, EU:C:2017:650, § 79 ss.). Anche tra i primi commentatori della Carta era emersa tale linea ermeneutica restrittiva: si veda, ad esempio, B. Grzeszick, *Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung*, in *Europarecht*, 2006, 161 ss.

[38] *Ex multis*, D.U. Galetta, *op. ult. cit.,* 193 ss.; P. Provenzano, *op. cit.*, 128 ss.

[39] D.U. Galetta, *op. ult. cit*., 188 ss.; P. Provenzano, *op. cit.*, 128.

[40] D.U. Galetta, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE su diritto a una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. UE*, 1, 2013, 136 ss.

[41] Sul tema, A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 1, 2001, 41 ss.; E.M. Barbieri, *Poteri del giudice nazionale e situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1, 1997, 144 ss.; S.M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; L. Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2001, 61 ss.

[42] Corte Giust., sentenza del 4 luglio 2000, C-352/98, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean-Jacques Goupil*, ECLI:EU:C:2000:361, § 41.

amministrazione *in primis* come *ius civitatis*, è forse parso più corretto ai redattori della Carta indicare quali destinatari formali degli obblighi *de quibus*» le istituzioni europee, «il che non impedisce di certo di scorgervi anche "altri destinatari" di tipo sostanziale»[43], così esprimendo una lettura estensiva dell'art. 41 CDFUE, a mente della quale le garanzie in esso previste dovrebbero trovare applicazione sia alla c.d. amministrazione europea «diretta», che a quella «indiretta» o «mista».

Eppure, gli stessi Giudici europei – pur senza accogliere *sic et simpliciter* l'approccio ermeneutico testé esposto – non hanno mancato di evidenziare che se è vero che «dal tenore letterale dell'articolo 41 della Carta emerge chiaramente che esso si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri», è altresì vero che l'ascolto endoprocedimentale «è parte integrante del rispetto dei diritti della difesa, principio generale del diritto dell'Unione»[44]. Si è così affermata una peculiare ricostruzione dualistica che distingue il diritto soggettivo espressamente previsto dalla Carta – col suo ambito di applicazione limitato – dal diritto ad essere ascoltati inteso come principio generale dell'ordinamento europeo, dal quale deriverebbe, pertanto, l'obbligo in capo alle Amministrazioni statali di garantire il contraddittorio ai destinatari dei provvedimenti da adottare nell'esercizio di funzioni di rilevanza europea.

Non vi è dubbio, tuttavia, che tale approccio, oltre a ingenerare ulteriore incertezza fra gli interpreti, non risolva *ex se* le aporie sopradescritte. Esse, infatti, appaiono superabili solo a condizione che nel rapporto tra il contraddittorio inteso ora come diritto soggettivo, ora come principio generale sussistano (a) l'equivalenza nei contenuti e (b) l'equivalenza sotto al profilo dell'effettività della tutela in giudizio. Diversamente ragionando, infatti, si riproporrebbero puntualmente tutti i rilievi in termini di possibile lesione del principio di uguaglianza, di potenziale abbassamento degli *standard* di protezione, nonché di elusione del sistema di tutela giurisdizionale poc'anzi evidenziati.

Ed invero, dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, non sembrano evincersi aprioristici intenti di distinguere sul piano dei contenuti il diritto ad essere ascoltati e il corrispettivo principio generale[45], né si registrano sostanziali differenze sotto al profilo dell'azionabilità in giudizio[46]. Più delicata appare, invece, la questione afferente al bilanciamento tra il diritto/principio in esame e le posizioni giuridiche o gli interessi rilevanti incisi nelle fattispecie concrete. Se nel caso dell'amministrazione «diretta» quest'opera è sostanzialmente confinata tutta a livello delle istituzioni europee, nel caso dell'amministrazione «indiretta» e «mista» si assiste all'allargamento dei soggetti coinvolti, figurando anche i Legislatori e le Corti nazionali.

In tali ultime ipotesi, com'è noto, l'uniformazione del diritto nell'ordinamento eurounitario transita dall'azione combinata di una serie di fattori, tra cui il principio del primato, l'obbligo di interpretazione conforme ricadente sui giudici nazionali e, soprattutto, lo strumento del rinvio pregiudiziale, la cui attivazione a certe condizioni diviene obbligatoria. Infatti, l'accentramento delle questioni interpretative in capo alla Corte di giustizia risulta essere estremamente efficace per garantire la complessiva coerenza del sistema.

Eppure, come osservato dalla dottrina più attenta[47], nel caso del contraddittorio endoprocedimentale l'approccio dei Giudici europei non è apparso sempre «rigido», ma, soprattutto al cospetto della specificità di certe elaborazioni nazionali, intimamente connesse

[43] P. Piva, *op. cit.*, 757.

[44] Corte Giust., sentenza dell'11 dicembre 2014, C-249/13, *Khaled Boudjlida*, ECLI:EU:C:2014:2431, § 32-34.

[45] D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della carta dei diritti UE)*, cit., 188 ss.

[46] P. Piva, *op. cit.*, 758 ss.

[47] D.U. Galetta, *op. ult. cit.*, 194 ss.

al contesto storico, sociale, politico, economico e, soprattutto, culturale di riferimento, ha mostrato una certa «flessibilità». E ciò per rendere possibile un recepimento armonico del diritto eurounitario che allontani i rischi di possibili crisi di rigetto.
Sul piano degli strumenti, poi, tale esigenza trova conferma e al contempo giustifica lo sforzo argomentativo tenacemente perpetrato dalla Corte di giustizia con cui si continua a sostenere il distinguo tra il diritto soggettivo ad essere ascoltati e il relativo principio generale. Quest'ultima fonte, infatti, risulta essere ontologicamente più duttile di un diritto soggettivo positivizzato in una norma – l'art. 41 CDFUE – di pari rango ai Trattati, che, quantunque sottoponibile a bilanciamento, rischia di risentire di approdi ermeneutici cristallizzati per i procedimenti europei diretti, ma che potrebbero richiedere un reinquadramento in ordine alle possibili rilevanti peculiarità degli ordinamenti statali.

3.1. L'ambivalenza della giurisprudenza europea dinanzi all'omissione non invalidante del contraddittorio endoprocedimentale. Si è già detto che l'omissione del contraddittorio nei procedimenti amministrativi europei è, in linea generale, causa di invalidità del conseguente provvedimento, e ciò ai sensi dell'art. 263, par. 2 TFUE.
Tale norma, a dire il vero, sanziona più genericamente la «violazione delle forme sostanziali», circostanza che rende necessaria qualche ulteriore precisazione[48]. Se è vero, infatti, che in questo novero rientra senz'altro il rispetto del contraddittorio endoprocedimentale, la Corte di giustizia non ha mancato di distinguere le ipotesi in cui tale vizio configuri la violazione di una vera e propria «forma sostanziale», dai casi in cui rappresenti una mera irregolarità, in quanto tale inidonea a condurre all'annullabilità dell'atto amministrativo, e ciò in base al principio di conservazione del provvedimento.
I termini della questione si spostano, pertanto, sulla valutazione fatta in sede processuale in ordine all'incidenza che la specifica violazione è in grado di produrre sul corretto esercizio del potere conferito all'Amministrazione. La giurisprudenza europea sembra aver condiviso, sul punto, un'impostazione abbastanza rigorosa, a mente della quale il Giudice europeo «non può sostituirsi all'Autorità amministrativa […] né anticipare il risultato a cui quest'ultima perverrà in esito a un nuovo procedimento»[49], circostanza che, in buona sostanza, consente di pronunciare l'annullamento del provvedimento solo ove sia dimostrato che l'autore dell'atto non disponesse di alcun margine di discrezionalità[50]. Dopotutto, a fronte di un sindacato esterno che abbia ad oggetto l'esercizio di poteri di natura discrezionale, non può «affermarsi, *ex post*, che gli argomenti del ricorrente non avrebbero certamente avuto alcuna incidenza sulla valutazione della situazione compiuta»[51] e che «ammettere che l'autorità […] avrebbe adottato una decisione identica anche dopo aver sentito l'interessato equivarrebbe soltanto a privare di sostanza il diritto fondamentale ad essere sentiti […] in quanto il [suo] contenuto […] implica che l'interessato abbia la possibilità di influire sul processo decisionale di cui trattasi»[52].
Tuttavia, tale lettura, che trova spazio in casi in cui i giudici europei si siano pronunciati direttamente sulla legittimità degli atti adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione, non sembra avere un esatto riscontro nella diversa ipotesi in cui la Corte di giustizia sia stata chiamata a valutare la legittimità delle discipline giuridiche domestiche e degli approcci delle Amministrazioni e dei giudici nazionali afferenti alla dequotazione dei vizi formali che

[48] M.P. Chiti, *La tutela giurisdizionale*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 418 ss.
[49] Trib. CE, sentenza del 9 novembre 1995, T-346/94, *France Aviation*, ECLI:EU:T:1995:187, § 39.
[50] Trib. UE, sentenza del 12 maggio 2009, T-410/07, *Juarado Hermano SL*, ECLI:EU:T:2009:153, § 31 ss. Più diffusamente sul tema, J. Schwarze, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, cit., 145 ss.
[51] Trib. UE, sentenza del 14 settembre 2011, T-236/02, *Marcuccio,* ECLI:EU:T:2011:465, § 115.
[52] Trib. Funz. Pubb. UE, sentenza del 14 maggio 2014, F-11/13, *Nicola Delcroix*, ECLI:EU:F:2014:91, § 44.

possono affliggere i provvedimenti amministrativi, anche quelli che danno attuazione o esecuzione al diritto eurounitario. Come osservato dalla citata dottrina[53], in queste ultime ipotesi sembra registrarsi una maggiore «flessibilità» nella giurisprudenza europea, che si mostra più propensa a considerare irrilevante il vizio procedurale – financo nell'ambito di attività amministrativa discrezionale – che consista nella lesione di garanzie che in questo caso – si badi bene – sono espressione del principio generale alla protezione del contraddittorio endoprocedimentale, non trattandosi di amministrazione europea diretta.
Si è così affermato, in termini ben più generali, che «[i]l giudice nazionale, avendo l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può, nel valutare le conseguenze di una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, tenere conto della circostanza che una siffatta violazione determina l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso [c.d. criterio della causalità, ndr]»[54]. Si tratta di una lettura che, *ex se*, non sembra confliggere con tutte quelle discipline nazionali – si pensi all'art. 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo italiana o all'art. 46 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesco – che pure prevedono (o sono state interpretate nel senso di prevedere) il ricorso al c.d. criterio della causalità per valutare la rilevanza dell'omissione del contraddittorio nell'ambito di procedimenti fondati sull'esercizio di un potere discrezionale[55].
Quando espressamente sollecitata sul tema[56], infatti, la Corte, pur avendo posto degli argini all'operatività del criterio in esame[57], sembra aver comunque assunto un approccio meno *tranchant* rispetto ai casi, dei quali si è detto in apertura, in cui ha dovuto valutare la tollerabilità dei vizi formali che affliggono i provvedimenti adottati dalle Amministrazioni europee nel quadro della tutela del diritto soggettivo ad essere ascoltati di cui all'art. 41 CDFUE. Dopotutto, quest'ultimo approccio dei Giudici del Lussemburgo trova il suo intimo fondamento nel complessivo sistema giuridico eurounitario, che potrebbe non coincidere con quello degli ordinamenti nazionali. In altri termini, l'automatica rilevanza, ai fini dell'annullabilità del provvedimento, dell'omissione del contraddittorio – al netto dei limitati casi di attività amministrativa vincolata – rappresenta soltanto una delle possibili soluzioni, potendosi immaginare, ad esempio, una più coerente applicazione del «criterio di causalità», pur dinanzi all'esercizio di potestà discrezionali, nelle ipotesi in cui venga riconosciuta all'Autorità giurisdizionale la possibilità di sindacare in maniera più intensa l'operato della Pubblica amministrazione[58]; altra dottrina ha invece evidenziato come il rimedio

[53] D.U. Galetta, *op. ult. cit.*, 194 ss.
[54] Corte Giust., sentenza del 3 luglio 2014, C-129/13, *Kamino International Logistics*, ECLI:EU:C:2014:2041, § 82. Dello stesso tenore Corte Giust., sentenza del 14 febbraio 1990, C-301/87, *Francia/Commissione*, ECLI:EU:C:1990:67, § 31; Corte Giust., sentenza del 5 ottobre 2000, C-288/96, *Germania/Commissione*, ECLI:EU:C:2000:537, §101; Corte Giust., sentenza del 10 settembre 2013, C-383/13, *G. e R.*, ECLI:EU:C:2013:533, § 38.
[55] Appare molto interessante la ricostruzione in chiave comparata svolta da W. Gasparri, *La violazione delle regole formali. Una comparazione*, in G. Falcon (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008.
[56] Per una panoramica si rinvia a P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, 280 ss.
[57] *Ibidem*, secondo cui l'impostazione offerta della giurisprudenza europea richiede che «la disciplina nazionale sulle illegittimità non invalidanti venga interpretata nel modo più restrittivo possibile» (p. 295).
[58] E.M. Santoro, *I vizi non invalidanti del provvedimento,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2020, Milano, 572, evidenzia, ad esempio, come la presunta somiglianza tra la previsione dell'art. 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo italiana e l'art. 46 del *VwVfg* tedesco è condizionata proprio dalla diversa portata dei poteri attribuiti al giudice.

dell'annullabilità potrebbe legittimamente essere sostituito da quello del risarcimento del danno, specie nei sistemi in cui non si riconosca l'interdipendenza tra invalidità dell'atto e responsabilità dell'Amministrazione[59].
Ecco, dunque, che tra le maglie della – pur labile – distinzione tra il diritto soggettivo ad essere ascoltati e il relativo principio generale, la Corte di giustizia, da un lato, ha esplicitato un'evidente preferenza verso una giurisdizione maggiormente «oggettiva», recuperando l'idea del Giudice quale garante delle forme, dall'altro, sfruttando proprio la maggiore «flessibilità» del principio generale, ha evitato di porre in essere interventi in grado di provocare lo scardinamento degli assetti nazionali, e, al contrario, ha provato a valorizzare la strada dell'integrazione giuridico-culturale tramite il costante dialogo tra i sistemi.

4. Le ricadute nei procedimenti amministrativi di rilevanza meramente interna. Il caso italiano. Non rimane che chiedersi se, come ed entro quali limiti il principio generale alla protezione del diritto ad essere ascoltati, così come rielaborato in sede eurounitaria, trovi applicazione anche nei procedimenti amministrativi nazionali – in special modo, italiani – privi di rilevanza europea e, pertanto, non sottoposti ai suoi effetti diretti.
Un corretto inquadramento della questione richiede di ribadire, preliminarmente, come l'esigenza di tutelare il contraddittorio endoprocedimentale fosse ben presente nelle tradizioni giuridiche comuni dei Paesi membri ancor prima della sua definitiva consacrazione nella giurisprudenza europea e, da ultimo, nella Carta dei diritti fondamentali[60]. Il «merito» del diritto eurounitario, dunque, non è tanto quello di aver introdotto un nuovo diritto o principio, quanto di averne maggiormente omogeneizzato e chiarito, spesso innalzandoli, contenuti e *standard* di tutela, e ciò perlomeno nell'ambito dei procedimenti amministrativi europei diretti e, pur con le peculiarità osservate, indiretti[61].
Con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, poi, non vi è chi non abbia evidenziato, forse con un eccesso di semplificazione, che il diritto alla buona amministrazione, con tutte le sue espressioni, sia sempre applicabile e vincolante con riguardo a tutta l'attività amministrativa. Deporrebbero in tal senso non solo il generico richiamo al principio del primato del diritto europeo e a quello di uguaglianza, ma, più specificamente, al disposto dell'art. 117, c. 1 della Costituzione, nonché degli artt. 1 della L. n. 241/1990 (la c.d. Legge sul procedimento amministrativo) e del D. Lgs. n. 104/2010 (il c.d. Codice del processo amministrativo). Se nel primo caso si stabilisce, infatti, che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto dei «vincoli europei», le altre due disposizioni richiamano i principi del diritto eurounitario sia come pilastro dell'azione amministrativa, che come parametro per valutare la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale. Si è così sostenuto che il diritto ad essere ascoltati – perlomeno inteso come principio eurounitario generale, considerando il limitato ambito applicativo dell'art. 41 CDFUE – sia divenuto «principio del nostro ordinamento interno, in applicazione non più soltanto del diritto comunitario, […] ma anche – ed è questa la novità – del diritto italiano. Con la conseguenza che, in virtù di questa sorta di autovincolo interpretativo posto dallo stesso legislatore nazionale, quando si tratta di

[59] Sul punto, M. Trimarchi, *The impact of article 41 of the EU Charter of fundamental rights on Italian administrative law: some observations*, in *Ius Publicum*, 2012, 22 ss., secondo cui «we should not overlook that the threat of liability enforces the right of good administration probably more than the voidability of the measure, causing the administration's interest in avoiding making breaches of rules».
[60] Per la bibliografia e per la giurisprudenza sul tema del contradditorio endoprocedimentale come tradizione giuridica comune dei Paesi membri si rinvia a *supra*, note § 12 e 13.
[61] La questione è posta in questi termini già da D. De Pretis, *Italian administrative law under the influence of European law*, in *Italian Journal of Public* law, 1, 2010, 12; D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati Membri*, in *Ius Publicum*, 2011, 9 ss.; M. Trimarchi, *op. cit.*, 18 ss.

situazioni giuridiche soggettive dei privati, non si può scendere, neppure nelle vicende non protette direttamente da norme di fonte europea, al di sotto della soglia di tutela […] assicurata dal diritto dell'Unione»[62].

Spinta alle sue estreme conseguenze, questa impostazioni porterebbe con sé, anche nel contesto dell'amministrazione di mero rilievo nazionale, quattro importanti ricadute: a) l'obbligo per il legislatore nazionale di uniformarsi al principio così come inteso in sede eurounitaria; b) l'obbligo in capo ai giudici nazionali di utilizzare tale principio per interpretare o, in caso di lacune, integrare il diritto interno; c) la possibilità – o l'obbligo, a seconda delle circostanze – per i giudici nazionali di rimettere alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali afferenti alla compatibilità della disciplina di istituti giuridici di mera rilevanza interna con l'interpretazione del principio in parola offerta dai giudici europei; d) l'obbligo per i giudici nazionali e la stessa Amministrazione di disapplicare la normativa interna confliggente con tale interpretazione.

La questione, invero, è ben più complessa[63].

Si parta con l'osservare che la stessa Corte di giustizia, interrogata sul punto, ha escluso che il legislatore italiano abbia introdotto indicazioni sufficientemente precise dalle quali desumersi che, tramite l'art. 1 della L. n. 241/1990, i principi del diritto dell'Unione trovino applicazione diretta e incondizionata nell'ordinamento interno. In buona sostanza, la disposizione in esame non realizza alcun rinvio al contenuto dell'art. 41 della Carta o ad altre inerenti disposizioni del diritto eurounitario, e ciò al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate in sede europea. La Corte conclude, dunque, affermando che non «sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni»[64].

A conferma di ciò, si è osservato in dottrina che se è vero che tali principi sono emersi nel sistema eurounitario a seguito di un'opera di «comparazione valutativa» delle tradizioni comuni agli ordinamenti nazionali, deve allora ritenersi preclusa la possibilità di una connessione tra i due circuiti – quello nazionale e quello europeo – per il tramite di forme di rinvio mobile, che comporterebbero una naturale interruzione della dinamica di interazione tra i sistemi appena descritta[65].

E dopotutto, la stessa giurisprudenza italiana continua a richiamare frequentemente l'art. 41, par. 2, lett. a) CDFUE e il corrispettivo principio generale, anche con riguardo a procedimenti di mera rilevanza interna, più a fini retorico-persuasivi che come argomenti decisivi nella definizione di forme più profonde di tutela del contraddittorio endoprocedimentale[66].

Ciò che più propriamente sembra accadere non è che l'ordinamento italiano abbia incorporato un nuovo principio geneticamente europeo, ma che, piuttosto, avendolo già riconosciuto e tutelato, ne stia progressivamente modificando e armonizzando l'interpretazione, incidendo sul grado e sul livello di effettività, nonché sulla sua «forza di resistenza», in fase di bilanciamento, rispetto ad altri interessi, princìpi o diritti potenzialmente confliggenti. Operazioni, quest'ultime, che nel raggio di azione del «principio del primato» sono affidate, in ultima istanza, al diritto e alla giurisprudenza europei a cui gli Attori nazionali devono adeguarsi, mentre nelle fattispecie di mera rilevanza interna spettano esclusivamente

---

[62] C. Celone, *op. cit.*, 700-701. Similmente anche D.U. Galetta, *Diritto a una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3, 2010, 601 ss.

[63] B. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 1677 ss.

[64] Corte Giust., sentenza del 21 dicembre 2011, C-482/10, *Cicala*, ECLI:EU:C:2011:868, § 29.

[65] B. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 1680. L'Autore richiama sul tema le riflessioni di W. Lorenz, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *The American Journal of Comparative Law*, 13, 1964, 1 ss.

[66] B. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 1680.

sia al legislatore, sia ai giudici interni, quantunque in rapporto dialettico col primo o, in sua assenza, in chiave di integrazione del sistema. Ciò che è senz'altro vero – come pure verrà messo in evidenza dai casi di studio che saranno oggetto di approfondimento – è che il diretto adeguamento agli *standard* di tutela definiti in sede eurounitaria sia dei procedimenti amministrativi europei diretti, ma soprattutto di quelli indiretti o, *latu sensu*, misti, incide sugli assetti ordinamentali, modifica il *modus operandi* delle Amministrazioni, aumenta le aspettative dei consociati, altera la tradizionale percezione e sensibilità dei Giudici. In sintesi, provoca un lento mutamento nella cultura giuridica del Paese.

É per questa via che il diritto eurounitario influenza il modo in cui il Legislatore e i Giudici nazionali traducono il principio dell'*audi alteram partem* in regole nei procedimenti di mera rilevanza interna. Deve così escludersi che in questo circuito possa trovare spazio un intervento «non mediato» del diritto e della giurisprudenza europei – che è cosa diversa dall'azione di influenzamento di cui si è detto –, se non ammettendo un irragionevole ampliamento delle competenze riservate all'Unione, che finirebbero per inglobare *de facto* la «disciplina di principio» di tutti i procedimenti amministrativi nazionali. Si correrebbe, in tal senso, il rischio di consegnare tale materia al diritto delle Corti anche in quei contesti in cui si registra l'opposta – e per certi versi desiderabile – tendenza dei legislatori nazionali a impadronirsi della disciplina[67].

4.1. Il* self restraint *della Corte di giustizia dinanzi alle eccezionali peculiarità degli ordinamenti nazionali: il contraddittorio nella procedura per il rilascio dell'informazione antimafia. Un primo *case study* meritevole di attenzione riguarda il complesso armamentario giuridico nazionale diretto alla prevenzione amministrativa delle infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Si tratta di un ambito in cui le primarie esigenze di protezione dell'ordine pubblico – anche economico – e del buon andamento dell'amministrazione dinanzi ai rilevati pericoli generati dall'azione della criminalità organizzata hanno storicamente giustificato la predisposizione di strumenti normativi vocati alla massima anticipazione dell'intervento dell'Autorità ed il cui funzionamento è strutturalmente caratterizzato da profonde compressioni di diritti e libertà fondamentali[68].

In questo panorama si muove l'informazione antimafia – senz'altro una delle *species* più rilevanti del settore –, ovverosia quel provvedimento amministrativo diretto ad accertare l'affidabilità morale dell'operatore economico che intende interfacciarsi, a vario titolo, con l'Amministrazione, verificando preliminarmente la presenza o meno di *liaison* che lo leghino a contesti delinquenziali mafiosi[69]. Il sotteso potere amministrativo risulta essere in parte ampiamente discrezionale, ove venga richiesto all'Autorità di comprovare la possibile esistenza di tentativi di infiltrazione criminale idonei a condizionare le scelte e gli indirizzi del

---

[67] *Ibidem*, 1682.

[68] Sul diritto amministrativo dell'emergenza, soprattutto criminale, si vedano, *ex multis,* AA.VV., *Annuario AIPDA 2005: diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018; N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo: l'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017; M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Bari, 2010.

[69] La dottrina che si è occupata dell'informazione antimafia è sconfinata, per questo ci si limita a richiamare alcuni dei più recenti contributi monografici sul tema, tra cui G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019; A. Bongarzone, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018; P. Marotta, P. Marotta, *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia*, Milano, 2021; O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia*, Milano, 2019; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

soggetto giuridico sottoposto all'attività di controllo, e ciò sulla base di un compendio di elementi indiziari, non necessariamente dotati di rilevanza penale, che, proprio per garantire la massima anticipazione della soglia di prevenzione, viene valutato sulla base di un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma implica una prognosi fondata sulla regola causale di origine civilistica del «più probabile che non»[70]. Rilievi che hanno sempre giustificato un approccio giurisprudenziale restrittivo volto a confinare il sindacato sulle scelte dell'Autorità in una dimensione se non propriamente estrinseca, comunque inidonea a garantire un soddisfacente accesso cognitivo alle vicende fattuali rivelatrici del pericolo d'infiltrazione criminale.

Tutto ciò a fronte di un istituto dalle conseguenze dirimenti. Invero, l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva produce un effetto riduttivo sulla sfera del privato, incidente, pur parzialmente e temporaneamente, sulla sua capacità giuridica, così da ostacolarne la presenza nel mercato o provocarne la fattuale espulsione, mediante, tra l'altro, l'impossibilità per l'Amministrazione di stipulare con lo stesso nuovi contratti pubblici, l'obbligo di disporre la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, ovvero il recesso dai contratti già in esecuzione[71].

In un quadro così strutturato, ove si fa evidente il disequilibrio nel rapporto tra autorità e libertà, il dibattito sul riconoscimento delle pretese partecipative del privato in sede procedimentale diviene il momento di massima sintesi delle costanti tensioni in cui vive la misura in esame.

In assenza di chiare previsioni legislative – perlomeno sino al D.L. n. 152/2021 di cui si dirà *infra* – un orientamento quasi granitico nella giurisprudenza amministrativa riteneva sostanzialmente impossibile l'estensione delle garanzie partecipative previste dalla L. n. 241/1990, e ciò sia per le oggettive e intrinseche ragioni di urgenza che connotano la procedura, sia perché una *discovery* anticipata già alla fase istruttoria degli elementi e delle notizie raccolte dall'Autorità procedente, spesso coperti da segreto investigativo e non di rado connessi a parallele indagini della magistratura inquirente, andrebbe a frustrare quell'«effetto sorpresa» in assenza del quale è difficile immaginare il mantenimento di adeguati livelli di efficacia della misura[72].

E tuttavia, secondo un opposto punto di vista, non vi è dubbio che una piena riaffermazione del principio dell'*audi alteram partem* pare rendersi ancor più essenziale al cospetto di un potere, come quello in esame, connotato da ampi margini di discrezionalità, in grado di incidere esizialmente su posizioni giuridiche soggettive fondamentali come la libertà d'impresa e difficilmente sindacabile nel merito dinanzi all'Autorità giurisdizionale.

Appaiono, pertanto, quantomeno comprensibili le perplessità evidenziate dalla terza sezione del TAR della Puglia, sede di Bari, che, con l'ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28, ha rimesso pregiudizialmente alla Corte di giustizia dell'UE la questione afferente alla compatibilità della descritta disciplina dell'informazione antimafia con il (principio generale alla protezione del) diritto ad essere sentiti dall'Amministrazione[73].

---

[70] M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 12, 2017, 2530 ss.;

[71] F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, 14, 2021, 60; E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 184 ss.; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 31.

[72] R. Ruberto, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 3, 2020, 685 ss.

[73] Per un commento sul provvedimento, L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *www.federalismi.it,* 22, 2020, 34 ss.; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 81 ss.; L. Filieri, *Note sul principio del giusto procedimento amministrativo nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove auton.*, 2, 2021, 485 ss.; L. Murgolo, *Un rinvio pregiudiziale in materia di interdittiva*

Eppure, tali sollecitazioni non sono state colte dai Giudici europei che, con una pronuncia che ha sollevato non poche critiche[74], hanno dichiarato la manifesta irricevibilità della domanda pregiudiziale con un plesso motivazionale che ha escluso, da un lato, l'invocabilità dell'art. 41 CDFUE, non trattandosi di un caso di amministrazione europea diretta, e, dall'altro, quella del principio generale alla protezione del diritto ad essere ascoltati, dato che «il giudice del rinvio non ha dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento tra […] il diritto dell'Unione e […] l'informazione antimafia interdittiva»[75].

Sembra essere proprio quest'ultimo il passaggio più delicato, fondato su una lettura a ben vedere parecchio formalistica. Nell'ordinanza di rimessione, infatti, il Tribunale amministrativo regionale, nello specificare gli effetti scaturenti dall'adozione del provvedimento in esame, ne ha evidenziato, nemmeno tanto implicitamente, la stretta connessione con la materia della tutela del mercato e della concorrenza, competenza attorno a cui si è storicamente sviluppato l'intero percorso di integrazione europea. Dopotutto, l'informazione antimafia rappresenta una vera e propria causa di esclusione dalle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti e concessioni, la cui definizione, pur essendo mediata dall'opera dello Stato, spetta proprio all'Unione europea[76], né in passato la Corte di giustizia, con riferimento a istituti nazionali similari, aveva espresso il medesimo *self restraint*[77].

Non appare azzardato leggere tra le righe delle argomentazioni dei Giudici europei l'intima volontà di non influenzare i meccanismi di funzionamento di una misura le cui caratteristiche sono intrinsecamente legate alla delicata prevenzione del fenomeno mafioso. Si ha la sensazione che la Corte abbia fatto ricorso a una sorta di *non liquet*, sfruttando la labile distinzione tra amministrazione europea indiretta e meramente interna, con cui si è voluto rimettere allo Stato, certamente più edotto in ordine alla natura della fenomenologia criminale da fronteggiare, il compito – e la responsabilità – di definire i limiti di applicazione del diritto ad essere ascoltati.

Eppure, al di là delle semplicistiche apparenze, la strada intrapresa dalla Corte di giustizia appare tutt'altro che «neutra». Procedendo con qualche esperimento mentale, si può dire che se i Giudici europei avessero voluto dichiarare la compatibilità – *sic et simpliciter* – della disciplina nazionale coi principi eurounitari avrebbero potuto farlo senza andare incontro a particolari refluenze indesiderate. Non può dirsi lo stesso, invece, se si ragiona sull'ipotesi inversa. Accogliere le doglianze del TAR della Puglia avrebbe generato, infatti, un pericoloso *vulnus* nell'ordinamento italiano che, in assenza di un tempestivo intervento legislativo, la giurisprudenza interna avrebbe potuto fronteggiare con l'unico strumento a sua disposizione,

---

antimafia: quando il giudice amministrativo minus dixit quam voluit (et minus voluit quam dixit), in *www.giustamm*.it, 1, 2020; C. Trappolini, *Al vaglio della Corte di Giustizia l'informativa antimafia*, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2020, 537 ss.

[74] Corte Giust., ordinanza 28 maggio 2020, C-17/20, ECLI:EU:C:2020:409. In chiave critica ancora F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 85 ss.

[75] Corte Giust., ordinanza 28 maggio 2020, C-17/20, § 29.

[76] Sull'annosa questione della tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di gara e la controversa soluzione del nuovo Codice dei contratti pubblici italiano, il D. Lgs. n. 36/2023, sia consentito il richiamo a F. Giacalone, *La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. n. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*, in *Nuove Auton.*, 2, 2023, 899 ss.

[77] Ad esempio, la Corte ha preso una specifica posizione in ordine ai profili di compatibilità col diritto unioniale del meccanismo di esclusione dalla procedura d'appalto dell'imprenditore che non ha sottoscritto gli obblighi derivanti da un protocollo di legalità. Sul punto si veda G. Ferrari, L. Tarantino, *Osservatorio amministrativo. Alla Corte di Giustizia la valutazione dei protocolli di legalità*, in *Urb. app.*, 11, 2014, 1246, a commento dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte Giust. del CGA Sicilia, 12 settembre 2014, n. 534; la conseguente pronuncia della Corte Giust., sentenza 22 ottobre 2015, C-425/14, *Edilux*, ECLI:EU:C:2015:721, è stata annotata da C. Cravero, *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 6, 2016, 1459 ss.

ovverosia aprendo all'applicazione delle generali garanzie previste dalla L. n. 241/1990, con buona pace del mantenimento di adeguati livelli di efficacia della misura. La questione ha finito così per rimanere, almeno *pro tempore*, meramente interna, anche se la Corte di giustizia – probabilmente non del tutto convinta della legittimità dell'allora disciplina dell'informazione antimafia – non si è preclusa, tramite l'osservata pronuncia di rito, la possibilità di un intervento futuro in materia.

Si tratta di sapienti accorgimenti comunque capaci di generare spinte nell'ordinamento nazionale, come pure può cogliersi osservando le vicende susseguitesi nei mesi a venire.

Da lì a poco, infatti, sarà lo stesso Consiglio di Stato a delineare un percorso differente e in parte antitetico rispetto a quello per lungo tempo tracciato, volgendo un monito al legislatore con l'auspicio di un «quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali […] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale»[78].

Un percorso portato a compimento proprio dal legislatore italiano che, nel momento della definizione delle politiche e dell'armamentario necessari a fronteggiare l'ambiziosa sfida per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ha definitivamente aperto, riformando la disciplina, al contraddittorio obbligatorio nella procedura per il rilascio dell'informazione antimafia interdittiva, e ciò non al fine di «implicare arretramenti dei presìdi e dei meccanismi preventivi antimafia, che vengono revisionati nella prospettiva di affinarli e consolidarli» ma per «evitare un sacrificio del diritto di difesa e della libertà di impresa» così abbattendo quelle criticità capaci «di esporre la normativa italiana al rischio di collisioni con il diritto eurounitario»[79].

È dunque dall'espressa ammissione del riformatore, ulteriormente perorata dalla *sedes* dell'intervento novellatorio, che si evince l'assoluta rilevanza assunta dal diritto europeo nella ridefinizione dei limiti di operatività del contraddittorio endoprocedimentale persino in una procedura, come quella qui passata in rassegna, ove la sua consacrazione ha rappresentato un tabù a lungo considerato insormontabile.

Così, nel dare seguito a tali pulsioni, frutto, almeno in parte, di un contesto giuridico-culturale – quello europeo – che mal tollera la totale omissione del principio dell'*audi alteram partem*, il legislatore italiano è stato chiamato a un'innovativa opera di ingegno proiettata alla creazione di nuove soluzioni giuridiche, stante la chiara inconciliabilità di quelle già presenti nel sistema con le finalità proprie della procedura diretta al rilascio dell'informazione antimafia[80].

---

[78] Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, annotata da R. Rolli, M. Maggioli, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale*, in *Giust. Ins.,* 19 novembre 2020.

[79] Le parti citate sono tratte dal DDL «Conversione in legge del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose» (A.C. 3354 – XVIII Legislatura), 56.

[80] La riforma che ha interessato l'informazione antimafia è stata al centro di ampie riflessioni, tra cui M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *www.federalismi.it*, 15, 2022, 45 ss.; G. D'Angelo, G. Varraso, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2022, 12 ss.; F. Giacalone, *Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?*, in *Dir. econ.,* 2, 2023, 37 ss.; S. Ippedico, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Cass. pen.*, 12, 2023, 4337 ss.; M.R. Magliulo, *Il P.N.R.R.: l'importanza del contraddittorio preventivo per agevolare la prevenzione antimafia*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2022, 1441 ss.; S.M. Perongini, *Nuovo procedimento e vecchie criticità delle informazioni antimafia: il contraddittorio preventivo, la prevenzione collaborativa e il commissariamento giudiziario dell'impresa attinta da una informazione antimafia. La sostituzione dell'impresa esecutrice*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2022, 461 ss.; A. Pugliese, M. Zito, *L'ultimo volto dell'interdittiva antimafia: una nuova forma di "compliance" amministrativa*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 4, 2022, 967 ss.

Continua a non esservi spazio per una comunicazione di avvio del procedimento, ma l'Autorità pubblica è oggi chiamata a notificare, pur con le dovute eccezioni[81], un «preavviso di interdittiva» col quale informare l'impresa dell'intenzione di adottare il provvedimento restrittivo e dei relativi presupposti fattuali, sì da consentire a quest'ultima di predisporre le proprie difese già in sede procedimentale[82].
Una disciplina giuridica che si è evoluta e si è ridefinita, dunque, sotto la stella della tutela dei diritti talvolta resa più luminosa dai processi di integrazione europea[83].

4.2. Principio di uguaglianza e contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria: da Corte cost., sentenza n. 47/2023, al d.lgs. n. 219/2023. Il «dialogo imperfetto» tra i due sistemi – quello europeo e quello nazionale – rischia di produrre potenziali forme di trattamenti diseguali ricadenti sui cittadini ogniqualvolta venisse riconosciuto il diritto al contraddittorio per il solo fatto che si sia o meno in presenza di attività amministrativa di rilievo europeo. In altri termini, potrebbe assistersi alla conformazione solo parziale delle procedure nazionali agli *standard* di tutela europei, che mentre coinvolge quelle di esecuzione o attuazione del diritto eurounitario, esclude i procedimenti similari ma dal mero rilievo interno.
È questo l'angolo prospettico con cui ci si è approcciati di frequente alla disciplina delle procedure dirette all'accertamento degli oneri fiscali dei contribuenti, che hanno storicamente rappresentato un vero e proprio settore di elezione per ragionare sulla portata e sui limiti del diritto ad essere ascoltati[84].
Occorre premettere che il diritto eurounitario prevede un obbligo generalizzato al contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria. Da ciò deriva, a livello interno, la necessità di garantire sempre l'ascolto del contribuente nel caso dei c.d. tributi armonizzati (si pensi all'imposta sul valore aggiunto e ai diritti doganali), in cui l'intera procedura finalizzata alla riscossione fiscale rappresenta un vero e proprio procedimento amministrativo europeo indiretto[85]. Sicché, la violazione del dovuto contraddittorio preventivo comporta

[81] Le due eccezioni espressamente individuate dal legislatore sono a) la sussistenza di particolari esigenze di celerità del procedimento; b) la possibilità di non disvelare gli elementi in grado di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Già i primissimi commenti hanno messo in luce i rischi connessi alla possibile interpretazione estensiva delle summenzionate eccezioni; sul punto si rinvia a N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.
[82] Si tratta della rinnovata disciplina dell'art. 92, c. 2 *bis*, D. lgs. 6 settembre 2011, n. 159.
[83] Non appaiono peregrine le riflessioni che immaginano le potenziali refluenze di tali novelle sul complessivo sistema di prevenzione amministrativa antimafia, richiamando, ad esempio, un altro dibattuto istituto – ove ancora non si assiste alla piena tutela del contraddittorio endoprocedimentale – come lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali disciplinato dagli artt. 143 ss. del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Sul tema sia consentito ancora un rinvio a F. Giacalone, *op. ult. cit.*, s. 77 ss., nonché a F. Manganaro, R. Parisi, *Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, s. 267.
[84] La dottrina sul tema è vastissima, ci si limita pertanto a rammentare alcuni dei contributi più recenti, tra cui P. Accordino, *Problematiche applicative del "contraddittorio" nei procedimenti tributari*, Milano, 2018; A. Colli Vignarelli, *La cassazione ribadisce ulteriormente l'essenzialità del contraddittorio endoprocedimentale*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2, 2022, 585 ss.; F. Farri, *Per il contraddittorio endoprocedimentale tributario occorre un nuovo art. 12-bis nello Statuto del contribuente, non l'art. 5-ter del d.lgs. n. 218/1997*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2, 2020, 659 ss.; Id., *La codificata obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale al cospetto della legge generale sul procedimento amministrativo: prime riflessioni di carattere sistematico*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2021, 68 ss.; F. Garganese, *Contraddittorio endoprocedimentale nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Corr. trib.*, 10, 2022, 818 ss.; S. La Rosa, *Cinque quesiti in tema di "contraddittorio endoprocedimentale" tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2020, 296 ss.; S. Loconte, *Diritto al contraddittorio endoprocedimentale in materia di tributi armonizzati*, in *Riv. giur. trib.*, 6, 2022, 542 ss.; A. Russo, F. Santagata, *op. cit.*, 48 ss.
[85] Sul tema si rinvia a Cass. SS.UU. civ., 9 dicembre 2015, n. 24823. Di recente anche Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47, ha precisato, richiamando anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass. civ.,

l'invalidità del conseguente avviso di accertamento, e ciò a condizione che il contribuente superi la c.d. prova di resistenza, cioè riesca a dimostrare che le ragioni che egli avrebbe potuto far valere nel contraddittorio non erano puramente pretestuose e pertanto abbia effettivamente subito una violazione del diritto di difesa[86].

Ben diversa appare, invece, la situazione al cospetto di tributi, come l'imposta sui redditi delle società (IRES) o sulle attività produttive (IRAP), la cui disciplina non assume un'esplicita rilevanza europea.

Come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale – che ha nei fatti confermato un costante approccio della giurisprudenza interna – il legislatore nazionale, nell'escludere *expressis verbis* l'applicabilità ai procedimenti tributari delle disposizioni del capo III della L. n. 241/1990, dedicate proprio alla «partecipazione al procedimento amministrativo», ha inteso non certamente impedire che l'enunciato principio trovi applicazione nei procedimenti *de quibus*, quanto rimarcare l'esigenza che ad essi sia dedicata una disciplina specifica, stante la loro indubbia peculiarità[87].

Ma a ben vedere, sino all'adozione del D. Lgs. 20 dicembre 2023, n. 219 – di cui si dirà a breve –, nell'assetto normativo interno non era presente alcuna previsione generale sulla formazione partecipata dell'atto impositivo, con la conseguenza che, per i soli tributi non armonizzati, «l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale […] sussiste[va] esclusivamente in relazione alle ipotesi per le quali siffatto obbligo risult[asse] specificamente sancito»[88]. Appariva chiara, pertanto, l'irragionevole distonia della disciplina nazionale che, da un lato, tutelava il diritto al contraddittorio in tutti i procedimenti diretti all'accertamento dei tributi armonizzati, ma lo stesso non faceva per quelli di mera rilevanza interna.

Nel tentativo di garantire una certa coerenza nel sistema – facendo peraltro seguito alle numerose istanze della dottrina – il legislatore è andato strutturando, tramite il susseguirsi di numerosi interventi normativi, un quadro fortemente frammentato ove hanno trovato spazio soluzioni differenziate volte a prescrivere il rispetto del principio dell'*audi alteram partem* in un numero sempre più consistente di ipotesi[89].

---

sez. trib., 6 aprile 2022, n. 11110; 31 agosto 2022, n. 25568) , che «[n]el procedimento di verifica fiscale in cui l'amministrazione attua il diritto dell'Unione europea […], questa è tenuta ad osservare gli obblighi derivanti dal diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» e che «[p]roprio il rispetto dei principi fondamentali del diritto europeo implica, secondo la giurisprudenza di legittimità, che, nell'accertamento dei cosiddetti "tributi armonizzati", «avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell'Unione», vige un generale obbligo dell'amministrazione di instaurare un'interlocuzione preventiva con il contribuente».

[86] La questione della «prova di resistenza» è affrontata pressocché da tutta la dottrina che ha approfondito i temi qui trattati. Un focus specifico è stato tuttavia dedicato da A. Marcheselli, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. trib.*, 33, 2014, 2536 ss.

[87] Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47.

[88] In questi termini, Cass. SS.UU. civ., 9 dicembre 2015, n. 24823.

[89] Ad esempio, l'art. 38, c. 7, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (*Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi*), in relazione alla determinazione sintetica del reddito delle persone fisiche, prescrive, a pena di nullità, che l'ufficio convochi il contribuente e, poi, avvii il procedimento di accertamento previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218 (*Disposizioni in materia di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale*); un analogo *iter* è previsto anche dall'art 10, c. 3-*bis*, della L. 8 maggio 1998, n. 146, per l'accertamento legato agli studi di settore; in tal senso si pone anche l'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente che, dopo aver introdotto la clausola generale antielusiva, impone, a pena di nullità, una preventiva richiesta di chiarimenti rivolta al contribuente, caratterizzata dalla precisa indicazione degli elementi che portano a ritenere configurabile l'abuso del diritto, cui segue la concessione di un termine dilatorio di sessanta giorni, durante il quale al contribuente stesso è data la possibilità di comunicare i chiarimenti sollecitati dall'ufficio e dei quali l'amministrazione è obbligata a tenere conto in sede di motivazione dell'atto impositivo (commi 6, 7, 8). Più di recente, l'art. 4-*octies* del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (*Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di*

E tuttavia, il loro ambito di operatività, puntualmente circoscritto, ne ha reso impossibile un'applicazione estensiva volta a colmare le eventuali lacune presenti nel sistema.
Sicché l'occasione del dibattito è sorta al cospetto delle procedure di accertamento fiscale «a tavolino», ovverosia quelle effettuate in ufficio dai verificatori su base documentale, per le quali, nel solo caso dei tributi non armonizzati, l'assenza di una disposizione normativa *ad hoc* assolveva l'Amministrazione finanziaria da qualsiasi obbligo di garantire il contraddittorio endoprocedimentale del contribuente. Né, a voler confermare quanto già detto, la Consulta, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro, hanno ritenuto possibile far fronte a tale *vulnus* ricorrendo, tramite statuizione pretoria, ad altre forme di contraddittorio pur previste dal legislatore ma nel contesto di procedimenti di accertamento fiscale diversi[90].
Le ricadute di tale impostazione appaiono evidenti. Essa risulta essere irragionevole – con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. – perché, nel caso di specie, non sembrano esservi motivi atti a giustificare la totale compressione del contraddittorio che «ha assunto un ruolo centrale nel nostro ordinamento […], anche come criterio di orientamento non solo per l'interprete, ma prima ancora per il legislatore», e ciò, *a fortiori*, in ambito tributario, dove esso, «da un lato, persegue lo scopo di "ottimizzare" l'azione di controllo fiscale, risultando così strumentale al buon andamento dell'amministrazione finanziaria; dall'altro, garantisce i diritti del contribuente, permettendogli di neutralizzare, sin dalla fase amministrativa, eventuali errori a lui pregiudizievoli»[91]. Discriminanti rilevanti non sembravano infatti sussistere né guardando alla tipologia di accertamento, né in considerazione della natura del tributo, se solo si osserva che nel caso dell'IVA – e, più in generale, dei tributi armonizzati – la mancata attivazione del contraddittorio, pur in presenza di accertamenti «a tavolino», è idonea a provocare l'annullamento dell'atto impositivo[92].
Lo stesso richiamo ai principi generali del diritto europeo, poi, non assumeva un rilievo dirimente[93]. La questione, infatti, non riguardava la necessità o meno di garantire il contraddittorio – che la Corte costituzionale ha individuato senza scomodare l'art. 1 della L. n. 241/1990 e il richiamo ivi contenuto al diritto eurounitario – quanto piuttosto il *modus* della sua tutela. In altri termini, occorreva definire come il principio dovesse essere trasformato in regola. La Consulta ha così precisato che «[t]enuto conto della pluralità di soluzioni possibili in ordine all'individuazione dei meccanismi con cui assicurare la formazione partecipata dell'atto impositivo, che ne modulino ampiezza, tempi e forme in relazione alle specifiche peculiarità dei vari procedimenti impositivi, questa Corte ritiene necessario un tempestivo intervento normativo che colmi la lacuna evidenziata. Un intervento, peraltro, che porti a più coerenti e definite soluzioni le […] tendenze emerse nella disciplina dei procedimenti partecipativi del contribuente».
Si è così riproposto puntualmente lo schema osservato *supra*. Il principio generale del diritto europeo incide sull'interpretazione e sui limiti di operatività dell'analogo principio già noto all'ordinamento nazionale, creando una tensione – che stavolta si è tradotta nella diretta ed evidente lesione dell'art. 3 Cost. – non risolvibile, trattandosi di amministrazione meramente interna, tramite un intervento pretorio fondato sulla necessità di rispettare il primato del diritto eurounitario, ma richiedendo, piuttosto, l'azione del legislatore, a cui spetta «il compito

specifiche situazioni di crisi), convertito, con modificazioni, in L. 28 giugno 2019, n. 58, ha introdotto, nel d.lgs. n. 218/1997, l'art. 5-*ter*, in forza del quale, prima di emettere un avviso di accertamento, l'ufficio deve notificare al contribuente l'invito a comparire per avviare il procedimento di accertamento con adesione.
[90] Per un'attenta ricostruzione della questione F. Garganese, *op. cit.*, 818 ss.
[91] Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47.
[92] Il riferimento rimane Cass. SS.UU. civ., 9 dicembre 2015, n. 24823.
[93] Tra i primi a sostenere la tesi della rilevanza dell'art. 1 della L. n. 241/1990, L. Del Federico, *I rapporti tra lo Statuto e la legge generale sull'azione amministrativa*, in *Rass. trib.*, 2011, 1404.

di adeguare il diritto vigente, scegliendo tra diverse possibili opzioni che tengano conto e bilancino i differenti interessi in gioco»[94]. Rimane ferma, pertanto, la discrezionalità dell'organo titolare della potestà legislativa, sebbene essa sembri assottigliarsi notevolmente sul piano dell'*an*, e ciò proprio in forza della composizione del sistema giuridico andatosi via, via evolvendo anche – e forse, soprattutto – grazie alle refluenze interne prodotte dal diritto europeo.

Sicché, poco dopo la commentata pronuncia della Corte costituzionale, il Parlamento ha approvato la L. 9 agosto 2023, n. 111 (*Delega al Governo per la riforma fiscale*) ove trova spazio, tra i criteri e i principi direttivi definiti dall'art. 4, c. 1, lett. f) cit., la necessità di «prevedere una generale applicazione del principio del contraddittorio». Il conseguente D. Lgs. n. 219/2023 ha novellato la L. 27 luglio 2000, n. 212 (*Statuto dei diritti del contribuente*) introducendo l'art. 6 *bis* che, da un lato, impone, a pena di annullabilità, il contraddittorio informato, effettivo e preventivo in tutte le procedure dirette all'adozione di atti autonomamente impugnabili dinanzi alla giurisdizione tributaria, dall'altro ne definisce dettagliatamente la disciplina[95]. Pertanto, al netto di alcune limitazioni espressamente previste dalla normativa e su cui non è da escludersi l'insorgenza di un confronto dottrinale e fors'anche giurisprudenziale[96], appare chiara la strada definitivamente imboccata dal legislatore.

5. Conclusioni. Già la primigenia idea di un'Europa unita descritta da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi nel Manifesto di Ventotene – da cui traggono ispirazione le prolifiche giornate di studio ove sono stati illustrati i risultati di questa ricerca – si nutre di una consapevolezza che solo apparentemente frena le ambizioni del progetto europeo, ma che, al contrario, lo rafforza: « […] il nuovo organismo che sarà la creazione più grandiosa e più innovatrice sorta da secoli in Europa» deve possedere «gli organi e i mezzi sufficienti per far eseguire nei singoli Stati […] le sue deliberazioni dirette a mantenere un ordine comune, pur lasciando agli Stati stessi l'autonomia che consenta una plastica articolazione e lo sviluppo di una vita politica secondo le peculiari caratteristiche dei vari popoli»[97].

La tutela delle diversità diviene così metodo imprescindibile per il mantenimento di «un ordine comune», aspetto che sembra emergere tra le riflessioni condotte in queste pagine. Da un lato, infatti, non può sottacersi che la partecipazione ai processi decisionali delle Amministrazioni pubbliche – qui intesa quale concretizzazione del diritto di difesa – rappresenti, specie in considerazione degli assetti ordinamentali delle democrazie pluraliste contemporanee, uno dei modi principali per coinvolgere i consociati nella formazione delle volontà dello Stato e per garantire la permanenza di uno «spirito critico» che funga da argine

[94] Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47.

[95] Ai sensi dell'art. 6 *bis*, c. 3, L. n. 212/2000, «Per consentire il contraddittorio, l'amministrazione finanziaria comunica al contribuente, con modalità idonee a garantirne la conoscibilità, lo schema di atto di cui al comma 1, assegnando un termine non inferiore a sessanta giorni per consentirgli eventuali controdeduzioni ovvero, su richiesta, per accedere ed estrarre copia degli atti del fascicolo. L'atto non è adottato prima della scadenza del termine di cui al primo periodo. Se la scadenza di tale termine è successiva a quella del termine di decadenza per l'adozione dell'atto conclusivo ovvero se fra la scadenza del termine assegnato per l'esercizio del contraddittorio e il predetto termine di decadenza decorrono meno di centoventi giorni, tale ultimo termine è posticipato al centoventesimo giorno successivo alla data di scadenza del termine di esercizio del contraddittorio».

[96] Ai sensi dell'art. 6 *bis*, c. 2, L. n. 212/2000, «[n]on sussiste il diritto al contraddittorio ai sensi del presente articolo per gli atti automatizzati, sostanzialmente automatizzati, di pronta liquidazione e di controllo formale delle dichiarazioni individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, nonché per i casi motivati di fondato pericolo per la riscossione».

[97] A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene,* Ultima Spiaggia ed., Genova-Ventotene, 2021, *passim.*

al «dogmatismo autoritario»[98]. *A fortiori* dinanzi a provvedimenti individuali, che incidono – talvolta esizialmente – sul godimento di beni della vita essenziali. Dall'altro lato occorre dare atto dei caratteri propri del diritto amministrativo che «appartiene a quelle materie giuridiche in cui si esprimono al massimo grado le caratteristiche nazionali di un popolo e di uno Stato»[99]. Caratteristiche che appaiono, in primo luogo, culturali.

Se è vero, infatti, che l'esigenza di garantire un contraddittorio endoprocedimentale era già sentita – pur con gradi di intensità diversa – dagli Stati europei prima ancora dell'avvento del diritto eurounitario, tanto da essere assunta dalla Corte di giustizia a tradizione giuridica comune, è altresì vero che nel contesto dell'Europa unita si sono andati affermando col tempo *standard* di tutela specifici e autonomi che, pur sviluppatisi a partire dalle esperienze giuridiche statali, si sono spesso mostrati più avanzati di quelli presenti negli stessi ordinamenti nazionali.

La «diversa lettura» in ordine all'ambito e ai limiti di operatività del medesimo diritto/principio rappresenta così la *condicio sine qua non* per l'attivazione di plurimi meccanismi integrativi che descrivono percorsi convergenti – nella direzione di un generale innalzamento del livello di tutela del contraddittorio – capaci di generare refluenze a livello interno, che appaiono, tuttavia, inevitabilmente e variamente condizionate dal contesto giuridico-culturale di riferimento. Se è vero, infatti, che il principio del primato ha una rilevante forza conformativa rispetto agli assetti nazionali – che in queste pagine si ha avuto modo di saggiare nel caso del contraddittorio nelle procedure di accertamento dei tributi armonizzati –, è altrettanto vero che la Corte di giustizia ha talvolta assunto approcci più «morbidi», volti a valorizzare il ruolo di Legislatori e Corti statali, per evitare che l'acritico adeguamento agli *standard* di tutela europei potesse risolversi in momenti di tensione con le identità e le elaborazioni delle tradizioni giuridiche nazionali, come dimostrato, ad esempio, dall'andamento incerto della giurisprudenza europea dinanzi alla questione dell'omissione non invalidante del contraddittorio endoprocedimentale, oppure dal *self restraint* dalla stessa assunto dinanzi alla disciplina dell'informazione antimafia.

Quando si tratta, poi, di procedimenti dalla mera rilevanza nazionale, il caso italiano mette in chiara evidenza il differente ruolo assunto dal diritto europeo, che perde la sua capacità di incidere direttamente su tali procedure, per divenire invece lo strumento che orienta più o meno implicitamente l'azione del Legislatore e dei Giudici interni. Si tratta di un effetto dalla portata variabile, in quanto i punti di approdo nell'ordinamento europeo fungono tanto da mero parametro interpretativo volontariamente assunto a livello interno – seppure spesso a finalità retorico-persuasive, come si è detto *supra* –, quanto da fattore in grado di generare evidenti *vulnera* di sistema, reali – si guardi alla descritta vicenda del contraddittorio nei procedimenti di accertamento dei tributi non armonizzati – o anche solo potenziali – come le criticità che sarebbero scaturite da un'eventuale pronuncia della Corte di giustizia volta a rilevare l'incompatibilità col diritto eurounitario della disciplina dell'informazione antimafia.

In tal senso, l'«europeizzazione» dei diritti amministrativi nazionali non è il frutto di un'indiscriminata trasposizione di principi dal «modello amministrativo eurounitario» a quello interno, ma piuttosto di un recepimento in cui rimane infungibile la mediazione di Legislatori e Corti statali, che continuano a farsi garanti (spesso gelosamente) dei caratteri peculiari delle identità e delle elaborazioni delle tradizioni giuridiche nazionali.

Sotto l'influenza del diritto eurounitario si assiste al graduale riavvicinamento delle tradizioni dei Paesi europei, all'erosione di ataviche differenze e persino al superamento di «tabù

[98] *Ibidem.*

[99] U. Scheuner, *Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung*, in *Die öffentliche Verwaltung*, Stoccarda, 1963, 714.

giuridici» ritenuti insormontabili. Si intravede, così, un itinerario ove si rinsaldano le garanzie partecipative anche al di là dell'ambito di operatività del diritto eurounitario, e ciò senza mai interrompere il flusso di circolazione e naturale evoluzione delle esperienze dei singoli ordinamenti, ma accrescendo dal profondo e all'insegna della tutela dei diritti, vero argine alle derive dell'Autorità, la solidità del legame tra gli «Stati Uniti d'Europa».

Abstract. Premessa un'analisi sul significato, sui corollari e sull'ambito di applicazione del diritto ad essere ascoltati nei procedimenti amministrativi europei, nel presente contributo ci si chiederà come ed entro quali limiti gli approdi raggiunti nel sistema giuridico eurounitario siano poi in grado di produrre specifiche refluenze negli ordinamenti nazionali, in special modo in quello italiano. Si indagheranno, innanzitutto, le dinamiche che interessano i procedimenti amministrativi europei «indiretti» e, *latu sensu*, «misti», soprattutto alla luce del distinguo, tenacemente ribadito dalla Corte di giustizia, tra il diritto soggettivo ad essere ascoltati e il relativo principio generale. L'attenzione sarà poi posta sulle procedure amministrative dal rilievo esclusivamente nazionale, per l'analisi delle quali si sfrutteranno le risultanze ottenute da due interessanti casi studio: il contraddittorio nel procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia e in quello diretto all'accertamento «a tavolino» degli oneri fiscali dei contribuenti. Ne emergerà un quadro estremamente composito, fatto di reciproche influenze e di lenti percorsi evolutivi nella direzione del riavvicinamento delle tradizioni giuridiche nazionali.

Abstract. Before conducting an analysis on the meaning, corollaries, and scope of the right to be heard in European administrative proceedings, this contribution will inquire how and within which limits the outcomes achieved in the European system can produce specific ramifications in national legal systems, particularly in the Italian context. Initially, the dynamics pertaining to «indirect» and, broadly speaking, «mixed» European administrative proceedings will be examined, especially considering the distinction, firmly reiterated by the Court of Justice, between the right to be heard and the corresponding general principle. Subsequently, focus will be directed towards administrative procedures of solely national relevance, with analysis relying on findings obtained from two compelling case studies: the adversarial process in the procedure for issuing anti-mafia information and in the one aimed at ascertaining taxpayers' fiscal obligations. This will unveil an intricately composite framework, characterized by reciprocal influences and gradual evolutionary trajectories towards the alignment of national legal traditions.

Parole chiave. Diritto ad essere ascoltati – Procedimento amministrativo – Carta dei diritti fondamentali dell'UE - Diritto eurounitario – Influenza sul diritto nazionale.

Key words. Right to be heard – Administrative procedure – EU Charter of Fundamental Rights – European Union law – Influence on national law.

RIVISTA DI *DIRITTO PUBBLICO EUROPEO RASSEGNA ON LINE*

CODICE ETICO

La rivista *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line* si conforma alle indicazioni delineate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE).

ART. 1 - ORGANI DELLA RIVISTA E COMPITI

1.1 Sono organi della Rivista: il Direttore responsabile, i Direttori, il Coordinatore dei Comitati scientifico ed editoriale, il Comitato scientifico, il Comitato editoriale e la Redazione.

1.2 I Direttori, il Coordinatore dei Comitati scientifico ed editoriale e il Comitato scientifico sono preposti alla verifica degli indirizzi scientifici della Rivista e delle scelte relative alla selezione e pubblicazione dei contributi.

1.3 Il Comitato editoriale e la Redazione hanno funzioni segretariali, organizzative, di revisione e messa a punto redazionale.

ART. 2 - COMITATO DEI REVISOR

2.1. Il Comitato dei revisori è estraneo ed indipendente dalla direzione e gestione della Rivista ed i suoi componenti eseguono la "revisione tra pari".

2.2. Il Comitato dei revisori è composto da Professori ordinari, associati e ricercatori, italiani e stranieri, (pure in quiescenza) in discipline prevalentemente.

ART. 3 - REVISIONE TRA PARI

3.1 La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione, attraverso la propria organizzazione interna, potrà sottoporre i lavori ad uno o più componenti del Comitato dei referee in ragione della competenza specifica richiesta. La Rivista è tenuta a valutare

i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

3.2 La revisione avviene tra pari con il sistema del doppio cieco, garantendo trasparenza, autonomia dei revisori e assenza di conflitti di interesse. Infatti, il referee riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'autore, così come all'autore non viene comunicata l'identità del referee. Il giudizio motivato – in base alla scheda allegata al presente Codice e redatta in forza del vigente Regolamento – potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo. Esso sarà trasmesso alla Direzione e comunicato all'autore, sempre garantendo l'anonimato del referee. I contributi giudicati meritevoli dai referees possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione. Qualora il referee esprima un giudizio positivo con riserva, la Direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del lavoro. La Direzione può assumere la responsabilità – con le relative motivazioni – delle pubblicazioni di studi provenienti da Autorità istituzionali e/o da personalità di chiara fama, da autori stranieri di consolidata esperienza o da studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

3.3 Il giudizio dei valutatori è espresso in un termine congruo e comunque non oltre 21 giorni dal ricevimento del contributo; in mancanza, il valutatore potrà essere sostituito.

3.4 I referees sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della confidenzialità della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno. Le informazioni o le idee acquisite tramite la revisione dei lavori devono essere mantenute riservate e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

3.5 La Direzione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i referees non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere conflitti di interesse derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato. La Direzione e il Comitato editoriale sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai *referee* incaricati della valutazione e dalla stessa Redazione.

3.6 I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi; nel caso il valutatore non sia in una posizione terza e imparziale perché riconosce, in qualunque modo, chi sia l'autore del contributo, deve dichiararlo per essere sostituito. Qualora emerga successivamente un conflitto di interesse, si ripete il processo di revisione con altro valutatore.

3.7 Gli autori devono garantire che le loro opere siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto. Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro.

3.8 Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

ART. 4 - CONTRIBUTI CONTRARI ALL'INTEGRITA' SCIENTIFICA, CONFLITTI DI INTERESSI E PRECISAZIONI SUCCESSIVE ALLA PUBBLICAZIONE

4.1 Ogni organo della Rivista e qualunque altro interessato può segnalare che un contributo da pubblicare o già pubblicato sia un plagio o riproduca, senza virgolette e/o menzione della fonte o con falsificazione di dati, un lavoro già edito.

4.2 Se il lavoro è ancora da pubblicare, la Rivista sentirà l'autore a chiarimento e, in caso di plagio, rifiuterà il contributo ovvero, negli altri casi, inviterà l'autore a virgolettare il passo oppure indicare la fonte o la corretta fonte.

4.3 Se il lavoro è già stato pubblicato, sarà opportunamente segnalato in un successivo numero della Rivista la contrarietà del contributo all'integrità scientifica, indicandone i motivi ed invitando i lettori a considerarlo come non pubblicato.

4.4 Saranno pubblicate in un numero successivo della Rivista note di risposta o altro tipo di lettere di rilievi, con le stesse modalità del contributo contestato, evidenziando il riferimento al numero in cui è stato ospitato il lavoro.

ART. 5 - GRATUITA' E POLITICHE DI PUBBLICAZIONE DELLA RIVISTA

5.1 La pubblicazione dei contributi nella Rivista non comporta alcun pagamento da parte dell'autore con il suo pieno consenso. La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli elaborati. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio.

5.2 Il contributo deve essere accompagnato da un breve *abstract* – e relative parole chiave – in lingua italiana e inglese.

5.3 L'autore rinunzia a tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate sul contributo pubblicato nella Rivista.

ART. 6 - SUPERVISIONE DEGLI ASPETTI ETICI

6.1 Tutti gli organi della Rivista supervisioneranno gli aspetti etici come innanzi evidenziati, segnalando ogni anomalia o difformità alla Rivista perché provveda di conseguenza.

ART. 7 - NUMERI SPECIALI

7.1 Le medesime Regole stabilite nei precedenti articoli, con i necessari adattamenti, valgono anche per la pubblicazione dei numeri speciali.

7.2 Il giudizio dei valutatori è espresso in base all'apposita scheda allegata, di cui all'art. 3.2 del presente Codice.

7.3 I numeri speciali non possono comunque essere superiori, annualmente, al numero di quelli ordinari.

EDITORIAL TEAM

Direttori: 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), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vedaschi (Università di Milano Bocconi)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Karim Benyekhlef, Daniel Borrillo, Pierre Brunet, Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Antonio Colavecchio, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Mario Esposito, Spiritis Flogaitis, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfrellotti, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Fulvio Pastore, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Raffaele Guido Rodio, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci

Redazione: Luca Di Majo (Coordinatore), Antonia Maria Acierno, Antonino Amato, Andrea Eugenio Chiappetta, Teresa Esposito, Rosanna Fattibene, Marta Ferrara, Francesca Ferraro, Virgilia Fogliame, Maria Chiara Girardi, Cosimo Lotta, Franca Meola, Stella Nacca, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Francesca Paruzzo, Federico Savastano, Luigi Sica, Ignazio Spadaro, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Alessandra Annoni, Adriana Apostoli, Marco Bassini, Michele Belletti, Gianluca Bellomo, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Gaetano Bucci, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Quirino Camerlengo, Giuseppe Campanelli, Agatino Cariola, Corrado Caruso, Laura Cappuccio, Beniamino Caravita di Toritto, Massimo Carli, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Lucia Cassetti, Emilio Castorina, Felice Casucci, Stefania Cavaliere, Marcello Cecchetti, Daniele Chinni, Adriana Ciancio, Antonio Chimenti, Ines Ciolli, Alberto Clini, Carlo Colapietro, Luigi Colella, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D'Alessandro, Lucio d'Alessandro, Filomena d'Alto, Marilisa D'Amico, Luigi D'Andrea, Antonio D'Andrea, Ludovica Decimo, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Giacomo Degli Antoni, Adele del Guercio, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Valerio Di Porto, Fabio Elefante, Federica Fabrizzi, Gianluca Famiglietti, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Nannerel Fiano, Katia Fiorenza, Damiano Florenzano, Alessia Fonzi, Michele Francaviglia, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Maria Antonella Gliatta, Giorgio Grasso, Nicola Grasso, Maria Cristina Grisolia, Tania Groppi, Enrico Grosso, Andrea Guazzarotti, Renato Ibrido, Maria Pia Iadicicco, Elisabetta Lamarque, Fulco Lanchester, Alessandro Lauro, Benedetta Liberali, Vincenzo Lippolis, Antonello Lo Calzo, Maria Chiara Locchi, Pietro Logroscino, Aldo

Loiodice, Federica Lombardi, Erik Longo, Jorge Lozano Mirales, Marco Mancini, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Alessandro Edmondo Martinuzzi, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Lorenzo Mezzasoma, Lucia Parlato, Ilenia Massa Pinto, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia, Luca Nivarra, Alessandro Pace, Leonardo Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Nicola Pignatelli, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Francesca Rescigno, Umberto Ronga, Edoardo Alberto Rossi, Marco Ruotolo, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Marcello Salerno, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Alessandro Semprini, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Massimo Franco Alberto Tita, Sabrina Tranquilli, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Alfonso Vuolo, Giovanni Zaccaroni, Valentina Zambrano

* Tra i componenti del Comitato di valutazione, alla data in cui hanno reso il referaggio, non vi sono né i Direttori, né i membri del Comitato di redazione e della Redazione della Rivista

Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online (DPERonline) è una rivista scientifica di Area 12, fondata da Raffaele Bifulco, Lorenzo Chieffi, Alberto Lucarelli e Andrea Patroni Griffi e consultabile all'indirizzo https://www.serena.unina.it/index.php/dperonline/, registrata presso il Tribunale di Napoli con ISSN 2421-0528, come periodico semestrale a carattere scientifico.

Obiettivi e ambiti scientifici della Rivista

La Rivista tratta i temi afferenti ai settori disciplinari riferiti all'Area 12, in particolare diritto pubblico e costituzionale, diritto dell'Unione europea, diritto comparato, diritto amministrativo e diritto dell'economia.

La linea editoriale della Rivista è ispirata al pluralismo e al confronto tra le diverse opinioni e opzioni metodologiche, culturali e scientifiche, nonché al dialogo tra la riflessione accademica e quella più operativa che viene svolta nel foro e nelle istituzioni pubbliche.

Le categorie del Diritto pubblico generale trovano punti di tensione e di non facile sistemazione alla luce del processo sovranazionale di integrazione europea e degli effetti che ne derivano. Si tratta di temi che i giuspubblicisti devono approfondire, offrendo il proprio contributo sia per una rilettura attenta delle categorie generali sia per l'analisi degli aspetti più particolari e di settore del diritto pubblico.

La Rivista ospita, sui temi della bioetica, una sezione curata dal Centro interuniversitario di ricerca bioetica - Cirb.

Criteri di valutazione

La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione, attraverso la propria organizzazione interna, potrà sottoporre i lavori ad uno o piú componenti del Comitato dei Revisori in ragione della competenza specifica richiesta.

La Rivista è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La revisione avviene tra pari con il sistema del doppio cieco, garantendo trasparenza, autonomia dei revisori e assenza di conflitti di interesse. Infatti, il referee riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'autore, così come all'autore non viene comunicata l'identità del referee.

Il giudizio motivato potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo.

Esso sarà trasmesso alla Direzione e comunicato all'autore, sempre garantendo l'anonimato del referee. I contributi giudicati meritevoli dai referees possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione.

Qualora il referee esprima un giudizio positivo con riserva, la Direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo.

Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del lavoro. La Direzione può assumere la responsabilità – con le relative motivazioni – delle pubblicazioni di studi provenienti da Autorità istituzionali e/o da personalità di chiara fama, da autori stranieri di consolidata esperienza o da studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.