17,49 mm

Il diritto non vive nel vuoto. Prende forma all'interno di determinati contesti culturali, sociali, politici ed economici che, quando mutano profondamente, lo portano a interrogare sé stesso, i propri fondamenti e la propria capacità di continuare a offrire ordine, garanzie e strumenti di comprensione della realtà.
Muovendo da questa consapevolezza, l'opera propone una riflessione interdisciplinare sui processi di trasformazione che attraversano le società contemporanee e sulle modalità con cui l'esperienza giuridica vi reagisce. Più che ricostruire una traiettoria evolutiva lineare, i contributi qui raccolti mettono in luce tensioni, discontinuità e processi di risignificazione, volti ad accompagnare l'adattamento – e talvolta la resistenza – degli ordinamenti alle sfide del presente.
L'innovazione tecnologica, le emergenze ambientali, le nuove configurazioni dell'economia globale e gli equilibri geopolitici in costante ridefinizione sembrano infatti inaugurare una fase storica in grado di mettere in discussione molte delle categorie e delle certezze ereditate dalla modernità. In questo scenario, il nuovo si manifesta spesso nel segno dell'incertezza, configurandosi al tempo stesso come un'occasione per ripensare criticamente istituti, principi e modelli regolativi.
Gli scritti contenuti nel presente volume, nel rispetto del carattere multisettoriale del Dottorato in Diritto Pubblico, si inseriscono in tale orizzonte di ricerca, offrendo al lettore una pluralità di prospettive accomunate dall'intento di comprendere come il diritto possa continuare a preservare validità ed efficacia senza rinunciare alla propria funzione critica, interpretativa e costruttiva. Ne emerge l'immagine di una scienza giuridica chiamata non soltanto a governare il cambiamento, ma anche a conferirgli significato.

Alessandro Dani è professore associato presso il Dipartimento di Storia, Patrimonio culturale, Formazione e Società dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove insegna Storia del diritto medievale, Storia del diritto moderno e Storia della tutela ambientale e paesaggistica. I suoi studi riguardano gli statuti e gli ordinamenti comunali medievali e moderni, i beni comuni, il processo e il diritto penale, nonché le istituzioni e la cultura giuridica dell'età di antico regime, con particolare riferimento al Seicento. È autore di numerosi saggi e monografie in materia di storia del diritto.

Luigi Prosia è assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove ha conseguito il dottorato di ricerca in Diritto Pubblico. Ha svolto attività di ricerca sulla protezione dei dati personali, sul rapporto tra diritto e tecnologie emergenti, sull'intelligenza artificiale e sui processi decisionali automatizzati. È autore di diversi contributi scientifici che si concentrano in particolare sulle forme di influenza indiretta esercitate attraverso strumenti di *nudging* e sulle loro implicazioni per i diritti fondamentali e le libertà costituzionali.

5 000002 726385
9 788813 392178
€ 50,00 I.V.A. INCLUSA

7
A. Dani
L. Prosia
Fondamenti e verifica di norme e istituti
Tra tradizione giuridica e innovazione

Wolters Kluwer

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
7

Fondamenti e verifica di norme e istituti
Tra tradizione giuridica e innovazione

a cura di
Alessandro Dani
Luigi Prosia

Wolters Kluwer
CEDAM

272638_COP_DANI (2).indd 2-3
20/07/26 14:49

A. Dani - L. Prosia (a cura di), *Fondamenti e verifica di norme e istituti. Tra tradizione giuridica e innovazione*

Comitato scientifico:
Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, Prof.ssa Arianna Andreangeli, Prof. Rainer Arnold, Prof. Vincenzo Baldini, Prof. Stéphane Bauzon, Prof. Andrea Biondi, Prof. Andrea Buratti, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, Prof. Emanuel Castellarin, Prof. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Prof. Roberto Cisotta, Dott.ssa Cristina Colombo, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Antonio D'Atena, Prof. Alessandro Dani, Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Maria Rosa Di Simone, Prof.ssa Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, Prof. Marco Fioravanti, Prof.ssa Rosa Maria Geraci, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Giovanni Guzzetta, Prof. José Luis Iriarte Angel, Prof.ssa Christine Kaddous, Prof. Carlo Longari, Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Venerando Marano, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Francesco Martucci, Prof. Gian Piero Giuseppe Milano, Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Vasco Pereira Da Silva, Prof. Fabrice Picod, Prof. Eugenio Picozza, Prof. Aristide Police, Prof. Pietro Pozzaglia, Prof. Roberto Rampioni, Prof. Adolfo Scalfati, Prof. Pierluigi Simone, Prof. Fabio Spitaleri, Prof.ssa Elda Turco Bulgherini, Prof.ssa Chiara Vagaggini, Prof.ssa Samantha Velluti, Prof.ssa Alessia Vignoli

Direzione:
Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli

Comitato di redazione:
Dott.ssa Sara Ammar, Dott. Valerio Blasi Xella, Dott.ssa Ambra Camilleri, Dott.ssa Melania Carteri (Coordinatrice), Dott. Lorenzo Corda, Dott. Luca Di Filippo, Dott.ssa Luna Lizzi, Dott.ssa Fiammetta Nanni, Dott. Armando Pellegrino, Dott.ssa Caterina Tarquini, Dott.ssa Marika Vadini, Dott.ssa Silvia Ventrelli

La corrispondenza inviata alla direzione o alla redazione della Collana va indirizzata a *quaderni.pubblico@gmail.com*

I contributi sono sottoposti alla procedura di referaggio anonimo, conformemente al Regolamento della Collana dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, pubblicato sul sito disponibile al link *Quaderni del Dottorato in Diritto Pubblico*

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
7

Fondamenti e verifica di norme e istituti
Tra tradizione giuridica e innovazione

a cura di
Alessandro Dani
Luigi Prosia

Wolters Kluwer CEDAM

Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

L'Editore acconsente alla pubblicazione dell'Opera in Open Access negli archivi istituzionali delle Università e del Ministero dell'Università e Ricerca a fini di ricerca scientifica e di consultazione al pubblico.

Copyright 2026 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66 - 20152 - Milano

È espressamente vietato ogni utilizzo di questa opera per l'addestramento di **processi di apprendimento automatico e intelligenza artificiale**, tra cui in particolare di IA generativa. In caso di violazione, l'editore si riserva il diritto di intraprendere le opportune azioni legali a tutela dei propri diritti.
I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.
Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.
Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA - Divisione Libri di CISCRA S.p.A.
Via Belvedere, 42 - 20862 Arcore (MB)

INDICE

Notizie sugli Autori IX

Alessandro Dani, Luigi Prosia, Presentazione XI

Sezione Prima

CONTRIBUTI DEI CURATORI

Alessandro Dani, Il principio dello sviluppo sostenibile alla prova del tempo: brevi note su dati e riflessioni recenti 3

Luigi Prosia, Forme e contenuti del paternalismo. Per una rilettura in chiave libertaria ed educativa con l'informazione a fonte di comprensione autentica 15

Sezione Seconda

LEZIONI

Agata Cecilia Amato Mangiameli, Intelligenza artificiale e *smart city*. Applicazioni per potenziare l'efficienza, la sicurezza e la sostenibilità 45

Pierluigi Simone, Priorità politiche, strategie generali, impulso evolutivo e gestione delle crisi. Per una storia (in divenire) del Consiglio europeo 63

Maria Novella Campagnoli, Massimo Farina, *Smart city*: geometrie algoritmiche, trame ludiche e istanze di giustizia 103

Sezione Terza

DALLA FONDAZIONE ASSIOLOGICA ALLA TENUTA ATTUALE DI NORME E ISTITUTI

Gianlugi Scala, Digitalizzazione del procedimento e relativismo del contraddittorio 139

© Wolters Kluwer Italia

IACOPO CHIANELLO, Indagini penali e comunicazioni criptate: un difficile equilibrio 151
GIULIA CICOLELLA, Il volto storico del sistema di prevenzione 163
MARINA RIGHI, Tradizione giuridica e innovazione interpretativa: una lettura critica della norma generale antiabuso nel diritto tributario italiano 177
RICCARDO DI MARCO, L'evoluzione delle linee di base nel diritto del mare: il ruolo della prassi 187

SEZIONE QUARTA

PERCORSI EVOLUTIVI E DI TRASFORMAZIONE NELLA DINAMICA NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

MARIA CRISTINA CARBONE, Il *chilling effect* tra garanzie individuali e tutela sistemica della libertà di espressione 201
LUCA DI FILIPPO, L'evoluzione della disciplina dei controlli a distanza al vaglio della tecnica 211
MELANIA CARTERI, Storia di un processo ultratrentennale: quale futuro per la privatizzazione del lavoro pubblico? 225
MADDALENA PASANISI, Il diritto umano a vivere in un ambiente sano come interesse collettivo: la qualità di vittima e la legittimazione processuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani 237
AMBRA CAMILLERI, Equità intergenerazionale e cambiamenti climatici: il diritto delle generazioni future a crescere in un ambiente sano. Considerazioni a margine del parere della Corte internazionale di giustizia del 23 luglio 2025 247

SEZIONE QUINTA

TRA SFIDE E RILETTURE GIURIDICHE SOLLECITATE DALLA SOSTENIBILITÀ DIGITALE ED ECOLOGICA

GIANLUCA FASANO, Simulare il linguaggio, simulare libertà, simulare verità 261
GEMMA ALBERICO, L'attuazione del *Digital Services Act* nell'ottica della libertà di manifestazione del pensiero: problematiche costituzionali 273
VALERIO MAGGIO, Arte e sostenibilità: riflessi ambientali degli spostamenti delle opere 285

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Sesta

FONTI SOVRANAZIONALI E DIRITTO COMPARATO PER UN'INDAGINE CRITICA NELL'ORIZZONTE GLOBALE

Marika Vadini, Crisi e tenuta della democrazia rappresentativa: uno studio costituzionale tra Italia e Germania 299
Emilio Adamo, Dal *soft law* alla normazione vincolante: il nuovo regolamento (UE) 2024/1350 su reinsediamento e ammissioni umanitarie 311
Silvia Ventrelli, Tutela dei migranti ambientali e diritto dell'Unione europea: una lacuna normativa alla luce dei diritti umani 325
Lorenzo Corda, Diritto e prassi nelle sanzioni UE: tensioni tra PECS e PCC sull'unanimità 337

Appendice 349

© Wolters Kluwer Italia

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Alessandro Dani, Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Storia, Patrimonio culturale, Formazione e Società dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Luigi Prosia, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Agata Cecilia Amato Mangiameli, Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Maria Novella Campagnoli, Professoressa associata di Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Massimo Farina, Professore associato di Informatica giuridica presso il Dipartimento di Ingegneria Elettrica ed Elettronica dell'Università degli Studi di Cagliari.

Pierluigi Simone, Ricercatore confermato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Emilio Adamo, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Gemma Alberico, Dottoressa di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali, *indirizzo*: Diritto costituzionale, XXXIII ciclo, presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

Ambra Camilleri, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto internazionale, XL ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Maria Cristina Carbone, Dottoressa di ricerca in La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e delle alte corti europee, *indirizzo*: Diritto costituzionale, XXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

© Wolters Kluwer Italia

MELANIA CARTERI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto del lavoro, XXXIX ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

IACOPO CHIANELLO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto penale, XXXIX ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

GIULIA CICOLELLA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto penale, XL ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

LORENZO CORDA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXIX ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

LUCA DI FILIPPO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto del lavoro, XL ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

RICCARDO DI MARCO, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

GIANLUCA FASANO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto costituzionale, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

VALERIO MAGGIO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto tributario, XXXIX ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

MADDALENA PASANISI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, indirizzo: Diritto internazionale, XL ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

MARINA RIGHI, Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto tributario, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

GIANLUIGI SCALA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto tributario, XXXIX ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

MARIKA VADINI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, indirizzo: Diritto costituzionale, XL ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

SILVIA VENTRELLI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

© Wolters Kluwer Italia

PRESENTAZIONE

Il presente Volume, curato da Alessandro Dani e Luigi Prosia, costituisce il settimo numero dei *Quaderni del Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico* dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

I *Quaderni* rappresentano una serie speciale inserita stabilmente nella *Collana delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza*, a cui il Dottorato di Diritto Pubblico afferisce.

In continuità con le edizioni precedenti, questo Quaderno raccoglie i contributi dei dottorandi (diciassette in tal caso) che, nell'ambito dei rispettivi *curricula* e in linea con la vocazione multisettoriale del Dottorato, hanno scelto di confrontarsi con il tema *Fondamenti e verifica di norme e istituti. Tra tradizione giuridica e innovazione*.

A tali saggi, come di consueto, si affiancano quelli dei Curatori del Volume e i testi di tre lezioni tenute rispettivamente dai Proff. Agata Cecilia Amato Mangiameli, Maria Novella Campagnoli con Massimo Farina e Pierluigi Simone, a conferma del dialogo costante tra ricerca dottorale e riflessione scientifica più ampia.

Il Volume propone un'analisi trasversale e interdisciplinare sulle modalità attraverso cui il diritto reagisce ai cambiamenti strutturali delle società contemporanee, interrogandosi, da un lato, sulla solidità dei suoi principi fondativi dinanzi all'elaborazione di nuovi paradigmi interpretativi e regolativi, dall'altro, sull'attitudine delle norme a preservare validità ed efficacia nel tempo.

Lungi dall'intento di offrire una narrazione evolutiva lineare, vengono messe in luce frizioni, discontinuità e processi di risignificazione che accompagnano l'adattamento – e talvolta la resistenza – dell'ordinamento giuridico alle sollecitazioni del presente, chiamando in causa le traiettorie di senso e le relative ricadute sistemiche.

Il diritto si forma sempre all'interno di un preciso contesto culturale, sociale, politico ed economico, nel tentativo di rispondere adeguatamente – portando ordine – a esigenze, istanze e problemi storicamente situati. Il mutare di tale contesto, con rapidità e intensità crescenti,

© Wolters Kluwer Italia

impone però una ridefinizione profonda di categorie, istituti e assetti normativi. D'altronde, sebbene la storia giuridica europea abbia già conosciuto snodi di portata epocale – dalla dissoluzione dell'Impero romano alla "rinascita" degli studi del XII secolo, fino al crollo dell'Antico regime e all'avvento delle costituzioni e dei codici moderni – oggi ci stiamo probabilmente inoltrando in una nuova fase segnata dalla pressione congiunta dell'innovazione tecnologica, delle emergenze ambientali e delle dinamiche finanziarie e geopolitiche, che mette inevitabilmente in discussione molte delle certezze e delle mitologie fondative della modernità.

Il nuovo avanza spesso nel segno dell'incertezza, consegnandoci la sensazione di addentrarci in un paesaggio sconosciuto e mutevole, privo dei rassicuranti punti di riferimento del passato, eppure ricco di molteplici possibilità. Di qui, questioni che fino a pochi decenni fa sarebbero apparse come mere ipotesi speculative, attualmente sono al centro del dibattito giuridico e richiedono giuristi, oltre che solidamente formati, capaci altresì di esercitare una continua funzione critica e costruttiva di significati.

È doveroso riconoscere alla Coordinatrice del Dottorato, Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, e al Collegio dei Docenti la sensibilità culturale dimostrata nel proporre ogni anno ai dottorandi tematiche cruciali, collocate ai confini espansivi della scienza giuridica del XXI secolo. Parimenti, agli stessi dottorandi va attribuito il merito di aver raccolto anche in questa occasione la sfida con passione e dedizione.

Il Volume si articola in sei Sezioni. Ciò che accomuna i diversi itinerari di ricerca è l'idea della giuridicità come esperienza in divenire, chiamata a (ri)calibrare costantemente i propri strumenti teorici e metodologici. In questa prospettiva, ciascun contributo rappresenta una tessera di un mosaico più ampio, nel quale il diritto emerge come spazio di progettualità e mediazione tra continuità e mutamento, norma ed eccezione, autorità e tutela delle libertà personali.

La Prima Sezione, affidata ai Curatori, è incentrata sui criteri di orientamento e sulle modalità di attuazione delle attuali decisioni pubbliche. Da una parte, emerge la debolezza strutturale del principio di sostenibilità, che, pur ampiamente recepito nei documenti internazionali e negli ordinamenti nazionali, risulta progressivamente dilatato sul piano semantico e interpretativo, sino a favorire approcci di tipo quantitativo e produttivistico a scapito di quelli qualitativi e relazionali; dall'altra, il ricorso a strumenti regolativi "morbidi" e poco visibili pone questioni in termini di autonomia individuale, trasparenza e legit-

© Wolters Kluwer Italia

timazione democratica. In assenza di adeguati supporti informativi ed educativi, tali strumenti rischiano infatti di tradursi in forme opache di governo delle condotte, difficilmente riconducibili a parametri giuridici consolidati.

Nella Seconda Sezione confluiscono invece i contributi dei Proff. Amato, Campagnoli con Farina e Simone che, pur nella pluralità degli itinerari disciplinari intrapresi, restituiscono uno sguardo convergente sulle nuove configurazioni della *governance* attuale, tanto sul piano digitale quanto su quello istituzionale. Da un lato, l'analisi dedicata alla *smart city* e alla *gamification* urbana evidenzia come i processi di innovazione stiano progressivamente ridefinendo il rapporto tra cittadino e spazio pubblico, aprendo questioni cruciali in tema di uguaglianza sostanziale, trasparenza e tutela dei soggetti vulnerabili. In questa prospettiva, particolare attenzione viene altresì dedicata alla progressiva emersione di ecosistemi urbani sempre più interconnessi, nei quali la convergenza tra Intelligenza Artificiale e *Internet of Things* contribuisce a ridefinire le forme della partecipazione, dell'organizzazione dei servizi e dello stesso "diritto alla città", destinato a realizzarsi effettivamente solo laddove all'impiego della tecnologia si accompagni l'emancipazione e il potenziamento delle capacità umane. Dall'altro, il contributo dedicato al Consiglio europeo mostra come i meccanismi che regolano gli equilibri sovranazionali inducano a interrogarsi sulle tensioni tra primato strategico intergovernativo e legittimazione democratica dell'ordinamento europeo. Attraverso una ricostruzione dell'evoluzione dell'organo – da sede di impulso politico estranea ai Trattati originari a fulcro dell'assetto decisionale dell'Unione – il saggio mette in luce le funzioni di gestione operativa e di intervento nelle crisi sistemiche progressivamente assunte dallo stesso Consiglio europeo, oggi pienamente soggetto ai principi di legalità e al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia.

La Terza Sezione ("*Dalla fondazione assiologica alla tenuta attuale di norme e istituti*") raccoglie cinque contributi che, da prospettive differenti ma convergenti, sviluppano un'indagine unitaria sull'adattabilità e sulla tenuta del paradigma giuridico di fronte alla complessità di contesti inediti, tali da metterne alla prova gli stessi presupposti teorici e applicativi.

Muovendo dall'ambito amministrativo, Gianluigi Scala analizza gli effetti della digitalizzazione del procedimento sulla natura del contraddittorio e sulla sua effettiva funzione garantistica nello *ius facere*, evidenziando come il rischio di una sua riduzione a mero adempimento

© Wolters Kluwer Italia

formale si accentui in presenza di automatismi procedurali e logiche decisionali seriali.

In modo analogo, sul versante penalistico, il contributo di Iacopo Chianello mette in luce come il ricorso a meccanismi investigativi tecnologicamente avanzati possa incidere sulle garanzie difensive, alterando il già delicato equilibrio tra esigenze di efficienza e tutela della persona.

Nel medesimo solco si colloca l'analisi di Giulia Cicolella, che ricostruisce criticamente il progressivo affievolimento dei canoni del giusto processo attraverso l'evoluzione delle misure di prevenzione. L'Autrice sottolinea, in particolare, il nesso problematico tra l'ampliamento e l'inasprimento di queste misure e la compromissione delle libertà inviolabili, spesso dovuta a un impiego estensivo del criterio di pericolosità sociale.

Anche il diritto tributario risente di una tensione marcata tra legalità formale e giustizia sostanziale, specie in tema di elusione. In tal senso, Marina Righi esamina la recente riformulazione della clausola generale antiabuso, soffermandosi sul tentativo del legislatore di ricomporre tale frattura in modo coerente con i canoni propri dello Stato di diritto.

Infine, il contributo di Riccardo Di Marco mostra come persino le categorie più cristallizzate del diritto internazionale siano oggi esposte a dinamiche di trasformazione profonda. Il mutamento della morfologia degli spazi costieri, determinato dall'innalzamento del livello dei mari, impone infatti una riflessione sul destino delle linee di base del mare territoriale, tradizionalmente ancorate al principio della corrispondenza mobile tra costa e delimitazione giuridica.

La Quarta Sezione ("*Percorsi evolutivi e di trasformazione nella dinamica normativa e giurisprudenziale*") dà conto dell'emersione di nuove sensibilità normative e giurisprudenziali, che testimoniano la capacità del diritto di interpretare e orientare il mutamento sociale.

Da questo punto di vista, l'attenzione crescente riservata al *chilling effect*, descritto da Maria Cristina Carbone come criterio di elaborazione giurisprudenziale volto a misurare l'effetto dissuasivo di regole e prassi sulla libertà di espressione, risulta indicativa della necessità, oggi impellente, di confrontarsi tanto con poteri di natura pubblicistica, quanto con le forme di governo privato dell'informazione esercitate dalle piattaforme digitali.

Allo stesso modo, l'ordinamento è chiamato a non limitarsi a inseguire passivamente l'innovazione, ma a governarla anticipandone le implicazioni. Ciò emerge con chiarezza in ambito lavoristico, dove

© Wolters Kluwer Italia

il potere di controllo datoriale, ricostruito da Luca Di Filippo nella sua evoluzione normativa, oscilla tra modalità di sorveglianza digitale sempre più pervasive e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore.

Su un piano contiguo si colloca il contributo di Melania Carteri, che ripercorre il lungo processo di privatizzazione del lavoro pubblico, concentrandosi sulla disciplina del licenziamento, letta alla luce del principio costituzionale di efficienza. Ne risulta un assetto instabile, fondato su un regime speciale di tutele reintegratorie, sospeso tra istanze riformatrici e ancoraggi tradizionali, senza pervenire a una compiuta unificazione del quadro regolatorio.

Infine, il contenzioso climatico si configura come un terreno emblematico per il riconoscimento di diritti emergenti, segnatamente quello a vivere in un ambiente salubre. Secondo l'analisi di Maddalena Pasanisi, la funzione giudiziaria tende ormai a supplire alle inerzie della politica, contribuendo alla definizione di nuovi *standard* di responsabilità statale nei confronti sia delle generazioni presenti, sia di quelle future. Di qui, la giustizia climatica assume una valenza intrinsecamente proiettata nel tempo, carica di solidarietà intergenerazionale.

A quest'ultima impostazione si collega anche il lavoro di Ambra Camilleri che, richiamando le più recenti pronunce giurisprudenziali in materia di *climate litigation*, mira a dimostrare come la salvaguardia dell'ambiente si sia progressivamente legata all'effettività dei diritti umani, anche di coloro che non sono ancora nati.

La Quinta Sezione ("*Tra sfide e riletture giuridiche sollecitate dalla sostenibilità digitale ed ecologica*") si configura come un laboratorio di rielaborazione dogmatica, nel quale la sostenibilità digitale ed ecologica non è assunta come mero principio programmatico, bensì come fattore di incidenza profonda sull'architettura complessiva del diritto.

In apertura, Gianluca Fasano si sofferma sull'impatto dei *Large Language Models* sull'assetto costituzionale della libertà di informazione, mettendone in luce la portata dirompente. Viene così in rilievo l'esigenza di interventi normativi volti a rendere riconoscibile l'origine artificiale dei contenuti generati, al fine di evitare ambiguità rispetto a quelli di matrice umana e di preservare la trasparenza del processo informativo-comunicazionale.

In questa cornice si inserisce anche l'approfondimento di Gemma Alberico, dedicato alle implicazioni del *Digital Services Act* per la libertà di manifestazione del pensiero, sia nel suo profilo attivo, sia in quello passivo. L'attenzione si concentra, infatti, sulle tensioni prodotte

© Wolters Kluwer Italia

dall'introduzione di sistemi di moderazione e verifica dei contenuti, che implicano inevitabilmente la ricerca di un corretto equilibrio tra diritto a informare e diritto a essere informati, ruolo delle grandi compagnie digitali e garanzia del pluralismo democratico.

Da una prospettiva complementare, ma ugualmente orientata alla sostenibilità, Valerio Maggio affronta il tema dell'impatto ambientale legato alla circolazione delle opere d'arte, proponendo la compensazione delle emissioni di CO_2 dovute al loro trasporto mediante l'impiego di *carbon credit* verificati e tracciabili. Il contributo delinea un modello di spesa pubblica responsabile, diretto a neutralizzare le esternalità negative e a integrare la tutela del patrimonio culturale con le finalità di *Environmental, Social, and Governance* (*ESG*).

In un mondo sempre più interconnesso e attraversato da pressioni sistemiche – geopolitiche, ambientali, democratiche – il discorso giuridico non può infine prescindere da una prospettiva multilivello. La Sesta e ultima Sezione ("*Fonti sovranazionali e diritto comparato per un'indagine critica nell'orizzonte globale*"), non a caso, propone un approfondimento sul ruolo dell'Unione europea nella strutturazione dell'ordine giuridico globale.

Marika Vadini affronta la crisi della democrazia a livello unionale, prendendo come caso paradigmatico la Germania e osservando come la ricerca di governabilità possa talvolta compromettere la rappresentanza politica, fino al punto di favorire tratti presidenzialistici e, in taluni casi, la concentrazione del potere legislativo nelle mani dell'esecutivo.

Emilio Adamo si concentra sul nuovo regolamento (UE) 2024/1350 in materia di reinsediamento e ammissione umanitaria, con l'obiettivo di valutare in che misura la costruzione di percorsi legali per l'accesso alla protezione possa essere condizionata da logiche intergovernative in grado di inficiare l'applicazione concreta del principio di *non-refoulement*.

Nello stesso filone si inserisce il saggio di Silvia Ventrelli sulla tutela dei migranti ambientali, i quali, non rientrando tra le categorie protette dal diritto internazionale o dalla stessa Unione, rischiano di essere respinti anche qualora gli Stati di rimpatrio versino in condizioni di degrado ambientale, tali da impedirne il pieno godimento dei diritti fondamentali. In assenza di rimedi giuridici specifici o di prassi stabilizzate, l'Unione potrebbe allora perdere il proprio ruolo di attore di riferimento in tema di asilo e immigrazione.

La sezione si chiude con l'analisi del regime sanzionatorio europeo, portata avanti da Lorenzo Corda con preciso riferimento alla re-

© Wolters Kluwer Italia

cente serie di misure restrittive nei confronti della Federazione Russa. L'interazione tra la PESC e la politica commerciale comune, già frutto di un compromesso istituzionale precario, viene messa alla prova da esigenze di efficacia e rapidità decisionale, con conseguenti ricadute sulla coerenza complessiva dell'odierno impianto punitivo.

È d'obbligo ringraziare tutti coloro che hanno contribuito alla realizzazione del presente Volume, permettendo così alla *Collana* di arricchirsi di un nuovo e significativo elemento.

Un pensiero doveroso e riconoscente va in particolare ai membri del Comitato di Redazione, coordinato brillantemente da Melania Carteri, per l'impegno costante e la collaborazione preziosa.

Alessandro Dani
Luigi Prosia

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Prima

CONTRIBUTI DEI CURATORI

IL PRINCIPIO DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE ALLA PROVA DEL TEMPO: BREVI NOTE SU DATI E RIFLESSIONI RECENTI *

ALESSANDRO DANI

SOMMARIO: 1. Premessa: origine e grande fortuna del principio. – 2. Il quadro non confortante dei risultati raggiunti. – 3. Ambiguità del principio e interpretazioni poco sostenibili. – 4. Verso una nuova idea di sviluppo non soltanto materiale e quantitativo.

Abstract: The principle of sustainable development has enjoyed great success and widespread adoption since the 1990s, but with limited results, as confirmed by the latest 2025 reports on the achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development goals. Many point to the principle's vagueness and ambiguity as the causes of its success on the one hand and its substantial failure on the other, and believe that we should now focus on different principles and concepts that scale back the economic-productivity aspect to emphasize not only the quantitative, but also the qualitative, connotation of growth.

1. Premessa: origine e grande fortuna del principio

Il principio dello sviluppo sostenibile, al centro della *Dichiarazione su ambiente e sviluppo* formulata dalla Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992 [1], com'è ben noto, è divenuto un punto di riferimento essenziale sia nel diritto internazionale che in quello dell'Unione europea e degli Stati nazionali. Il concetto di "sostenibilità", pur non nuovo [2], fu introdotto nel dibattito ecologico agli inizi de-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

[1] In particolare, nei principi 3-5, 8, 9, 12, 24.

[2] Il termine "sostenibilità" (*Nachhaltigkeit*) fu usato già agli inizi del XVIII se-

© Wolters Kluwer Italia

gli anni Ottanta del Novecento da Lester Brown, agronomo ambientalista, fondatore del World Watch Institute e del World Policy Institute [3]. Nel 1987 la relazione *Our Common Future* della Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo (nota come "Rapporto Brundtland", dal nome del Primo Ministro norvegese Gro Harlem Brundtland) [4] adoperò la nozione di "sviluppo sostenibile" come "uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri". Tale nozione fu quindi ripresa, pochi anni dopo, dalla già ricordata dichiarazione di Rio delle Nazioni Unite.

Lo sviluppo sostenibile implica un criterio di bilanciamento tra esigenze socio-economiche e uso razionale delle risorse ambientali [5]. Si tratta di un obiettivo, ma anche di un approccio, un concetto-guida che non ha un contenuto specifico, che si pone come istanza da considerare nelle varie questioni, informando di sé normative e indirizzando l'azione di istituzioni che hanno il compito di renderlo effettivo.

Nell'ambito dell'azione delle Nazioni Unite sono da ricordare, per la loro importanza (anche se con scarsi risultati concreti), le Conferenze delle Parti (COP) che a partire dal 1995 si sono periodicamente riunite per dare attuazione alla Convenzione quadro sul cambiamento climatico di Rio, anche con la stipulazione di trattati, come i vari Protocolli. Nella Dichiarazione approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite l'8 settembre 2000 l'obiettivo 7 riguarda la sostenibilità ambientale [6] e,

---

colo nel trattato di materia forestale di H.C. VON CARLOWITZ, *Sylvicultura oeconomica*, Leipzig, 1713, in cui si criticava il taglio eccessivo e sregolato dei boschi per le esigenze dell'industria mineraria.

[3] Cfr. L. BROWN, *Building a Sustainable Society*, New York, 1981. Brown ha in seguito mostrato che i vari problemi ecologici del nostro tempo, dall'energia al clima alla sicurezza alimentare, sono tutti interconnessi e parte di un sistema più ampio che comprende il modello produttivo-finanziario, basato sull'idea del tutto insostenibile di una crescita materiale illimitata. Cfr. L. BROWN, *Plan B. Rescuing a Planet Under Stress and a Civilization in Trouble*, pubblicato per la prima volta nel 2003 e poi più volte aggiornato (*Plan B 2.0; Plan B 3.0; Plan B 4.0*), fino al 2024.

[4] UN doc. n. A/42, 4 agosto 1987.

[5] Sullo sviluppo sostenibile la bibliografia è vastissima. Mi limito a ricordare P. GRECO (a cura di), *Lo sviluppo sostenibile: dalla Conferenza di Rio alla Conferenza di Johannesburg*, Napoli, 2002; V. PEPE, *Fare ambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Milano, 2008; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013; A. BUONFRATE - A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Introduzione di E. GIOVANNINI, Milano-Padova, 2023. A questo recente e ponderoso volume si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[6] Cfr. UN doc. n. A/RES/55/2.

© Wolters Kluwer Italia

due anni dopo, nel 2002 il Vertice Mondiale sullo Sviluppo sostenibile di Johannesburg formulò una *Dichiarazione sullo Sviluppo Sostenibile* e un relativo Piano d'Azione in cui si presentava la sostenibilità ambientale come tutela dell'ecosistema unita ad una crescita produttiva legata alla lotta alla povertà, alla garanzia dei diritti umani, all'equità distributiva delle risorse e alla salvaguardia della salute.

Lo sviluppo sostenibile e il criterio di sostenibilità in riferimento a varie materie sono richiamati esplicitamente nell'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, sottoscritta nel 2015 da 193 Paesi membri dell'ONU [7]. Ad essi si legano anche il concetto di *resilienza*, a cui fa riferimento l'obiettivo 9 dell'Agenda [8] e istanze di giustizia e solidarietà sociale che estendono lo sviluppo sostenibile ben oltre la dimensione strettamente ambientale. Un Patto Globale dell'Ambiente (*Global Pact of Environment*, GPE) è stato adottato dall'Assemblea generale dell'ONU nel 2018 (risoluzione 72/277), su impulso della Francia e dell'Unione europea, volto a integrare l'Agenda 2030 e a rafforzare e sistematizzare il diritto internazionale, frammentato in accordi di settore. La risoluzione è stata approvata però con il voto contrario di Paesi-chiave per le politiche ambientali mondiali, come Stati Uniti e Russia, e ciò ha certamente ridimensionato la portata concreta dell'operazione.

Ricordiamo infine che in ambito europeo lo sviluppo sostenibile è stato ripreso in numerose occasioni: dal Trattato di Maastricht del 1992 al Trattato di Amsterdam del 1997, che lo qualifica principio giuridico e fondamento delle politiche e delle azioni comunitarie, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione di Nizza del 2000 e a molti altri documenti e normative, fino a oggi. Nel dicembre 2019 la Commissione ha varato il *Green Deal* europeo, che dovrebbe contribuire a

---

[7] Ris. ONU n. A/RES/70/1, disponibile su *www.undocs.org*; v. in particolare gli obiettivi 2, 6-9, 12, 14, 15, 17.

[8] Essa indica il ripristino di un nuovo equilibrio dopo una fase di disordine entropico, grazie a capacità adattative verso nuove condizioni sistemiche. Il regolamento 2021/241/UE del 12 febbraio 2021 (art. 2, n. 5), alla base dei PNRR degli Stati dell'Unione europea, definisce la resilienza come "*la capacità di affrontare gli shock economici, sociali e ambientali e/o i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo*". Sulla resilienza v. in particolare J. Rifkin, *L'età della resilienza. Ripensare l'esistenza su una Terra che si rinaturalizza*, trad. it., Milano, 2022, dove si ricorda che la resilienza è costantemente presente negli ecosistemi, i quali si mantengono in uno stato flessibile, fluttuante, per adattarsi al cambiare delle situazioni: la flessibilità è indice di salute, la rigidità prelude alla sua perdita.

© Wolters Kluwer Italia

fare dell'Europa il primo continente al mondo a impatto climatico zero [9], dunque il modello planetario più avanzato in materia ambientale.

Nell'ordinamento italiano il c.d. Codice dell'Ambiente (d. lgs. 152/2006) all'art. 3 *quater* recepisce lo sviluppo sostenibile nella sua ormai usuale accezione, come principio al quale "*ogni attività umana giuridicamente rilevante deve conformarsi (...) al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*". La definizione degli obiettivi e delle strategie dello sviluppo sostenibile nel nostro Paese già fu indicata nel documento della *Strategia nazionale* redatto nel 2002, poi aggiornato a cadenza almeno triennale in base alla l. n. 221 del 2015 (*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*).

Nel 2016 su iniziativa della Fondazione Unipolis e dell'Università di Roma Tor Vergata si è costituita l'ASviS (Alleanza per lo Sviluppo Sostenibile), una rete di oltre trecento soggetti impegnati nell'attuazione degli obiettivi dell'Agenda 2030 [10], che svolge un'importante attività sia di monitoraggio del raggiungimento di tali obiettivi, sia propositiva, in dialogo con le istituzioni.

2. Il quadro non confortante dei risultati raggiunti

Il principio di sviluppo sostenibile enunciato in ambito internazionale ha contribuito a sviluppare una maggiore sensibilità in tema ambientale, stimolando l'adozione di numerose normative, ma ha inciso modestamente sul piano concreto, come oggi è pressoché generalmente riconosciuto e confermato da molti dati. Dall'inquinamento atmosferico a quello marino, dalla riduzione della biodiversità alla cementificazione e al consumo di suolo, fino agli allevamenti intensivi, tutto è ben lontano da qualsiasi criterio di sostenibilità.

L'ultimo Rapporto annuale dell'ASviS per il 2025, pubblicato lo

---

[9] Cfr. A. PETTIFOR, *Il Green New Deal. Cos'è e come possiamo finanziarlo*, trad. it., Roma, 2020.

[10] La missione dell'ASviS consiste nel "*favorire lo sviluppo di una cultura della sostenibilità a tutti i livelli, orientando in tal senso gli stili di vita, i sistemi di convivenza civile e i modelli di produzione e di consumo; analizzare le implicazioni e le opportunità per l'Italia legate all'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile; contribuire alla definizione di strategie nazionali e territoriali per il conseguimento degli SDGs (*Sustainable Development Goals*) e alla realizzazione di un sistema di monitoraggio dei progressi a livello nazionale e territoriale verso gli SDGs*" (*https://asvis.it/missione/*).

© Wolters Kluwer Italia

scorso ottobre, non può dirsi certo confortante. La Sintesi del Rapporto ASviS, redatta dal suo Direttore Enrico Giovannini [11], riguardo allo scenario internazionale riferisce di "*una drammatica sequenza di brutte notizie*": infatti dai dati del Rapporto dell'ONU sullo stato dell'Agenda 2030, presentato a luglio 2025 "*si evince che il mondo è sulla buona strada per conseguire solo il 18% dei Target entro il 2030, per il 17% sta compiendo progressi moderati, per il 31% miglioramenti marginali o assenti, per il 17% è in stagnazione e nel 18% dei casi si osserva un regresso rispetto a dieci anni fa*" [12]. In compenso la spesa militare globale ha superato i 2.700 miliardi di dollari ed è in crescita e potrebbe raggiungere entro il 2035 "*una cifra equivalente a quattro-cinque volte quella registrata alla fine della Guerra Fredda*". Nell'Unione europea sono evidenti le contraddizioni tra impegni presi e le concrete decisioni, al punto che esse – scrive Giovannini – "*hanno fatto sì che l'Unione stia perdendo quel ruolo di «campionessa dello sviluppo sostenibile» che aveva assunto negli ultimi anni con politiche forti e coraggiose*" [13].

Nell'Unione europea, tra gli obiettivi più direttamente incidenti in materia ambientale, segnano un miglioramento quelli relativi all'energia e al contrasto al cambiamento climatico, un miglioramento molto più contenuto quelli riguardanti i sistemi idrici e igienico-sanitari e l'economia circolare, un peggioramento quello riguardante la qualità degli ecosistemi terrestri. Nonostante l'Unione europea abbia ribadito in diverse sedi istituzionali la volontà di rispettare gli accordi internazionali sul clima, l'ASviS segnala varie contraddizioni che emergono dalle scelte concrete: 1) "*l'assenza di una valutazione (...) sulle modalità con cui l'aumento delle spese militari impatterà sul conseguimento degli SDGs*"; 2) "*l'arretramento di alcune politiche commerciali (in particolare negli accordi con gli Stati Uniti) improntate a criteri di sostenibilità*"; 3) "*le eccessive semplificazioni sulla rendicontazione di sostenibilità e sul dovere di diligenza*"; 4) la mancata definizione degli impegni nel percorso di decarbonizzazione entro il 2050 e di riduzione delle emissioni del 90% al 2040, previsti dall'Accordo di Parigi [14].

Riguardo al nostro Paese, secondo l'ASviS "*gli indicatori statistici disponibili descrivono con chiarezza il ritardo dell'Italia su quasi*

---

[11] *L'Italia e gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Sintesi del Rapporto ASviS 2025,* disponibile su: *https://asvis.it/public/asvis2/files/Rapporto_ASviS/Rapporto_ASviS_2025/sintesi_rapporto_2025.pdf*

[12] *Id.*, p. 4.

[13] *Id.*, p. 5.

[14] *Id.*, p. 6.

© Wolters Kluwer Italia

tutti gli Obiettivi di sviluppo sostenibile", pur se un miglioramento si registra in merito alla promozione dell'economia circolare, alla promozione di energia pulita (dunque alla lotta al cambiamento climatico) e alla tutela degli ecosistemi marini [15]. Ma il bilancio non può dirsi certo positivo: "*l'attuazione dell'Agenda 2030 non appare (non da oggi) centrale nel disegno delle politiche pubbliche e nelle scelte in materia economica e fiscale*" e "*l'assoluta e urgente necessità di adottare un approccio diverso è ampiamente dimostrata dai contenuti del cosiddetto «Allegato sugli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES)» pubblicato dal Governo a settembre (2025), il quale analizza dodici indicatori del benessere sociale, economico e ambientale del Paese*". Per questo l'ASviS avanza una nutrita serie di proposte e di azioni da compiere, tra cui l'avvio di un processo di analisi e revisione della normativa italiana vigente alla luce degli art. 9 e 41 della Costituzione riformati nel 2022, la revisione della Strategia di sviluppo sostenibile, la definizione di strumenti capaci di influenzare le leggi di bilancio nazionali, la definizione di un piano integrato di medio-lungo periodo degli investimenti pubblici, la promozione della rendicontazione di sostenibilità (per contrastare il *greenwashing)*, la promozione di scelte di consumo a favore della sostenibilità, sensibilizzando i consumatori, l'approvazione di una legge nazionale sul clima [16].

3. Ambiguità del principio e interpretazioni poco sostenibili

Sullo sviluppo sostenibile la normativa è cresciuta al punto che già si parla di un *diritto dello sviluppo sostenibile* come ulteriore rispetto al classico diritto ambientale [17]. Un *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, edito nel 2023 a cura di Angelo Buonfrate e Antonio Uricchio, consta di quasi mille dense pagine. Ed è, appunto, un trattato "breve", in considerazione della sterminata bibliografia giuridica ambientale.

Ma dagli stessi contributi raccolti nel volume, che offre una amplissima e aggiornata panoramica sulla materia, emergono molti dubbi sull'efficacia del principio. Mauro Pennasilico, nella corposa parte introduttiva di taglio generale, osserva che "*il paradigma dello «sviluppo*

[15] *Id.*, pp. 6-7.
[16] *Id.*, pp. 9-10.
[17] Cfr. E. GIOVANNINI, *Introduzione*, in A. BUONFRATE - A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 21.

© Wolters Kluwer Italia

sostenibile» appare compromesso tanto da un approccio mercantilistico, che non attribuisce il giusto peso ai profili non patrimoniali e presuppone che lo sviluppo sia il valore primario e l'ambiente un mero limite, quanto da ambiguità e tensioni antinomiche" [18]. La considerazione della "debolezza assiologica" del principio, frutto di uno stadio particolare della riflessione giuridica ambientale, avrebbe indotto anche a non farne esplicita menzione della modifica costituzionale del 2022 [19]. Per questo, secondo Pennasilico, occorrerebbe virare verso "*un diritto dello sviluppo umano ed ecologico*" [20], in cui esso "*diviene un* vincolo intrinseco e positivo *alle operazioni economiche*", superando dunque l'idea di tutela ambientale come mero "*limite interno e negativo*" al mercato [21]. Anche per Ivan Ingravallo "*la crisi del diritto internazionale dell'ambiente è in parte dovuta a un «abuso» del concetto di sviluppo sostenibile*" [22]. Esso "*da elemento propulsore del diritto internazionale dell'ambiente (...) è divenuto un freno, trasformandosi in uno slogan buono in tutte le occasioni, per coprire ogni posizione politica avanzata dagli Stati e per riempire innumerevoli documenti*" [23].

In effetti possiamo concordare che lo sviluppo sostenibile è oggi costantemente richiamato, ma con ogni evidenza reca con sé una forte ambiguità e indeterminatezza. Un'indeterminatezza ineliminabile dovuta anche al fatto che la finalità si proietta nel futuro, dunque non

---

[18] M. Pennasilico, *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico,* in A. Buonfrate - A. Uricchio (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, cit., pp. 81-82.

[19] *Id*., p. 83. Sul punto cfr. anche B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 31. Vi è comunque il riferimento alle future generazioni, nel nuovo comma introdotto al termine dell'art. 9 dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1. L'articolo pertanto è ora così formulato: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. 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*".

[20] Esso, precisa l'Autore, "*ha una fisionomia ben diversa e, per molti versi, diametralmente opposta alla concezione dello «sviluppo sostenibile». Quest'ultima, infatti, mira ad armonizzare le esigenze ambientali con quelle dello sviluppo, ma in termini di reciproca compatibilità: essa accetta il modello esistente, capitalistico-produttivista, e ne chiede soltanto, di volta in volta, dei correttivi. Un ruolo centrale e trainante è, dunque, occupato dal settore economico*". Cfr. M. Pennasilico, *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, cit., p. 100.

[21] *Id.*, pp. 100-101.

[22] I. Ingravallo, *Lineamenti del nuovo diritto internazionale dello sviluppo sostenibile*, in A. Buonfrate - A. Uricchio (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile,* cit., p. 299.

[23] *Id.*, p. 298.

© Wolters Kluwer Italia

può che essere oggetto di previsione di effetti possibili ma incerti. Come osserva Domenico Amirante, "*negli anni lo sviluppo sostenibile è diventato un tema dominante della letteratura scientifica sull'ambiente e ha avuto amplia diffusione in documenti giuridici a livello internazionale e nazionale. Tuttavia, la sua perdurante indeterminatezza, i suoi numerosi fallimenti e la sua complessiva incapacità di determinare svolte sensibili nella lotta al degrado ambientale ne fanno oggi un concetto fortemente criticato e ormai privo di forza propulsiva*" [24]. E nel dibattito attuale si registrano giudizi anche più severi: secondo Corrado Poli lo sviluppo sostenibile è solo un "modesto compromesso politico", un inganno che ha sortito l'effetto di far accantonare politiche realmente ambientaliste [25]. In questo senso lo sviluppo sostenibile è stato duramente criticato (come "mistificazione", "ossimoro" o "pleonasmo") dai propugnatori della *Deep Ecology* [26], come anche della decrescita [27]. Per Serge Latouche lo sviluppo sostenibile è "*una trovata concettuale che cerca di cambiare i termini anziché le cose e, in ogni caso, con l'espressione «sviluppo sostenibile» e la sua antinomia mistificatrice, ci troviamo di fronte a una mostruosità verbale*" [28], che le *lobby* industriali hanno propugnato in sostituzione all'espressione "ecosviluppo", da alcuni auspicata già durante la prima conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente tenutasi a Stoccolma nel 1972.

Le voci critiche dunque non mancano, pur certamente con accenti

---

[24] D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 26.

[25] Cfr. C. POLI, *Politica e natura. L'inganno della sostenibilità. Manifesto per un ambientalismo umanista*, Padova, 2017, p. 23.

[26] Quello dell'ecologia profonda, ricordiamo, è un approccio filosofico ai problemi ecologici che risale alla riflessione di Arne Naess, nei primi anni Settanta del secolo scorso. Il filosofo norvegese rifiutò l'approccio più diffuso, antropocentrico e riformista (definito come "di superficie", *Shallow Ecology*), ritenuto del tutto insufficiente, per proporne uno più radicale, che scende in profondità a criticare certi fondamenti culturali stessi della nostra civiltà. Sulla *Deep Ecology* v. G. DALLA CASA, *L'ecologia profonda. Lineamenti per una nuova visione del mondo*, Milano-Udine, 2011; M. ANDREOZZI, *Verso una prospettiva ecocentrica. Ecologia profonda e pensiero a rete*, Milano, 2011.

[27] I teorici della decrescita confutano che un ulteriore sviluppo in senso materiale possa essere sostenibile e ritengono invece necessario pensare, considerata la limitatezza delle risorse del pianeta, a una riduzione controllata e a una stabilizzazione della produzione, unitamente a una più equa redistribuzione della ricchezza e ad una selettiva riconversione industriale. Cfr. S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, trad. it., Milano, 2007; ID., *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, trad. it., Torino, 2011; ID., *Breve storia della decrescita. Origine, obiettivi, malintesi e futuro*, trad. it., Torino, 2021.

[28] S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, cit., p. 74.

© Wolters Kluwer Italia

diversi. La stessa Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco del 2015 mette in guardia contro una lettura meramente utilitaristica-aziendalistica della sostenibilità, che faccia troppo affidamento sull'economia di mercato [29]. "*Bisogna sempre ricordare* – si legge nell'Enciclica – *che la protezione ambientale non può essere assicurata solo sulla base del calcolo finanziario di costi e benefici. L'ambiente è uno di quei beni che i meccanismi del mercato non sono in grado di difendere o di promuovere adeguatamente*" (190). Ne consegue l'apertura ad una "decrescita selettiva": "*se in alcuni casi lo sviluppo sostenibile comporterà nuove modalità per crescere, in altri casi, di fronte alla crescita avida e irresponsabile che si è prodotta per molti decenni, occorre pensare pure a rallentare un po' il passo, a porre alcuni limiti ragionevoli e anche a ritornare indietro prima che sia tardi*" (193). La via indicata dal Pontefice è chiara e va ben oltre i confini di un'ecologia "superficiale" fatta di piccoli compromessi: "*Non basta conciliare, in una via di mezzo, la cura per la natura con la rendita finanziaria, o la conservazione dell'ambiente con il progresso. Su questo tema le vie di mezzo sono solo un piccolo ritardo nel disastro. Semplicemente si tratta di ridefinire il progresso*" (194).

L'attuale sistema economico-produttivo-finanziario, se lasciato alle logiche del libero mercato e della concorrenza, è restio a sostenere i maggiori costi che spesso (anche se non sempre) le istanze ambientali richiedono. Rimane il problema fino a che punto il sistema produttivo consenta l'internalizzazione di tali costi, senza ricorrere a stratagemmi come la dislocazione della produzione in Paesi più permissivi (cioè meno impegnati nella tutela dell'ambiente e dei lavoratori) o le pratiche di *greenwashing*, con cui si presentano come ecologici beni o servizi che non lo sono affatto [30].

Com'è stato in genere inteso, lo sviluppo sostenibile, implicando una mediazione tra istanze diverse (ambiente ed economia) è inevitabilmente e intrinsecamente soggetto a differenti interpretazioni sui contenuti e sulle modalità con cui debba essere perseguito. Se questo è stato un punto di forza del principio, che ha portato al suo successo negli anni Novanta, oggi è assai diffusa l'opinione che occorra poggia-

[29] Sull'Enciclica *Laudato si'*, tra i molti contributi, mi limito a ricordare C. Petrini, *Terrafutura. Dialoghi con Papa Francesco sull'ecologia integrale*, Firenze-Milano, 2020; Tavolo Interdicasteriale della Santa Sede sull'ecologia integrale, *In cammino per la cura della casa comune. A cinque anni dalla Laudato si'*, Città del Vaticano, 2020; G. De Marzo, *Ecologia integrale*, Roma, 2021.

[30] Sul tema v. il recente volume di M. Letizi, *Greenwashing. Strategie di contrasto e casi italiani e internazionali*, Prefazione di C. Barbaro, Introduzione di M. Bresso, Conclusioni di F. Perrini, Milano, 2024.

© Wolters Kluwer Italia

re su concetti più saldi, meno indefiniti e ambigui, nella constatazione che le ragioni del profitto spesso vincono su quelle dell'ecologia.

4. Verso una nuova idea di sviluppo non soltanto materiale e quantitativo

In molti ormai ritengono che si debba almeno ripensare il concetto di sviluppo (cosa esso deve riguardare?) e "irrobustire" il concetto di sostenibilità (come e fino a che punto si deve conservare l'ambiente per le generazioni future?) ancorandolo a modelli diversi. Il già ricordato *Trattato breve* del 2023 offre senz'altro, dal punto di vista giuridico, molte riflessioni importanti. Altri spunti giungono anche da studiosi di altre discipline, come quelle delle scienze naturali e delle scienze economiche. Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi propongono, al riguardo, un'idea legata alla scienza che studia gli ecosistemi: "*poiché la caratteristica più straordinaria della «organizzazione della Terra» è la sua intrinseca capacità di sostenere la vita, una comunità umana sostenibile va progettata in modo che i suoi modi di vivere e di lavorare, l'economia, le strutture fisiche e le tecnologie* non interferiscano con la capacità intrinseca della natura di sostenere la vita *(...)*" [31]. Si tratterebbe cioè di riconnettere la sostenibilità al contesto ecologico-sistemico entro il quale era stata concepita da Lester Brown (senza l'associazione allo sviluppo economico misurabile con il Prodotto Interno Lordo), poi divenuta usuale e costante. Una nuova idea di sviluppo sarebbe dunque da intendere – secondo tali Autori – non in senso riduzionistico (mero profitto economico tramite accrescimento della produzione) ma in senso biologico, sociale, culturale e spirituale, in un processo sistemico multidimensionale [32].

Che l'indicatore del Prodotto Interno Lordo sia un parametro fuorviante, inadeguato [33], è noto da molto tempo [34] ed è stato ribadito anche

---

[31] F. CAPRA - P.L. LUISI, *Vita e Natura. Una visione sistemica*, trad. it., Sansepolcro, 2020, p. 558.

[32] *Id*., pp. 587-590.

[33] Come osserva Paolo Pigliacelli, "*esternalità negative come l'inquinamento danno luogo a un duplice effetto: da un lato non vengono contabilizzate né come mali in sé, né come perdite di benessere, dall'altro il costo del disinquinamento va ad aumentare il PIL. Vengono invece ignorate le economie non di mercato ovvero tutti quegli scambi che non danno luogo a flussi finanziari, come ciò che riguarda la cura dei bambini e degli anziani tra le mura di casa oppure il volontariato*" (P. PIGLIACELLI, *Il valore dell'ambiente nel PIL*, in D. NICOLETTI (a cura di), *Aree protette, servizi ecosistemici: indicatori, produzione e valutazioni*, Salerno, 2012, p. 49).

[34] Fin dalle pionieristiche riflessioni di A.C. PIGOU, *Economia del benessere*, trad. it., Milano, 2010 (I ed. ital. 1953). Ma v. anche i successivi importanti contributi di

© Wolters Kluwer Italia

in tempi più recenti da autorevoli economisti [35]: non a caso sono stati proposti vari altri criteri per valutare lo stato di salute di un Paese [36]. Il PIL misura la produzione di beni e servizi oggetto di scambi economici ma non misura affatto la qualità della vita delle persone: dunque andrebbe considerato con grande cautela.

Si tratterebbe allora di orientarsi verso una "crescita qualitativa" e non quantitativa [37], capace di includere anche aspetti non materiali dell'esistenza umana, eppure fondamentali. Ciò richiederà profondi cambiamenti non solo a livello sociale ed economico, ma anche culturale e individuale: "*significherà oltrepassare il condizionamento culturale pervasivo di stampo materialistico e trovare soddisfazione nelle relazioni umane e nella comunità invece di trovarla nel consumo materiale*" [38].

Come ha scritto Agata Amato Mangiameli, vi è "*la necessità di ripensare la relazione uomo-natura, muovendo dal significato dei cosiddetti beni inclusivi, che proprio perché tali superano i limiti della*

K.W. Kapp, *The Social Costs of Private Enterprise*, Cambridge, 1950; E. Mishan, *Il costo dello sviluppo economico*, trad. it., Milano, 1976 (I ed. 1967); H. Daly, *Lo stato stazionario: l'economia dell'equilibrio biofisico e della crescita morale*, trad. it., Firenze, 1981 (I ed. 1972); N. Georgescu Roegen, *Energia e miti economici*, trad. it., Torino, 1998 (I ed. 1976); K. Boulding, *Evolutionary Economics*, Beverly Hills, 1981; Id., *Sistemi economici della Terra e protezione ambientale*, in R. Molesti (a cura di), *Economia dell'ambiente e bioeconomia*, Milano, 2003, pp. 39-52.

[35] A titolo di esempio, cfr. J.E. Stiglitz - A. Sen - J.P. Fitoussi, *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale. Rapporto della Commissione per la misurazione della performance economica e del progresso sociale*, trad. it., Milano, 2010.

[36] Come il BES (Benessere Equo e Sostenibile) elaborato dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e dall'Istituto Nazionale di Statistica. Il BES prende in considerazione, tra l'altro, la salute, la conciliazione dei tempi di vita con il lavoro, le relazioni sociali, la qualità dei servizi, la disuguaglianza dei redditi, le emissioni di gas serra, l'abusivismo edilizio ed è stato creato un Comitato *ad hoc* previsto dalla l. n. 163 del 2016. Cfr. CNEL, *Osservazioni e proposte: indicatori di crescita economica e sociale ad integrazione del PIL,* Pronuncia n. 68 del 2010, disponibile su *www.cnel.it*, su cui v. S. Barbaro - B. Borrillo - D.M. Pasanisi - A. Putortì - L. Tafaro, *Rapporti di consumo sostenibili*, in A. Buonfrate - A. Uricchio (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, cit., pp. 491-494. In questo senso sono stati elaborati anche altri indici, come l'ISU (Indice di Sviluppo Umano), già nel 1990 in seno alle Nazioni Unite, che tiene conto di salute, istruzione, inclusione sociale e altri parametri che esulano dalla quantificazione monetaria, così come gli indicatori Calvet-Henderson: cfr. H. Henderson - J. Lickerman - P. Flynn (eds.), *Calvet-Henderson Quality of Life Indicators*, Bethesda, 2000.

[37] F. Capra - H. Henderson, *Crescita qualitativa. Per un'economia ecologicamente sostenibile e socialmente equa*, Sansepolcro, 2016; C. Felber, *Un'altra economia per un nuovo mondo. Fondamenti di una scienza economica olistica*, trad. it., Sansepolcro, 2021.

[38] F. Capra - P.L. Luisi, *Op. cit.*, pp. 585, 591-592.

© Wolters Kluwer Italia

politica e dell'economia tradizionali, mettendo al centro la relazione e prediligendo la spiritualità sulla materialità" [39].

Una crescita "qualitativa" può ben legarsi al concetto di "sviluppo umano integrale" a cui fa riferimento l'Enciclica *Laudato si'* (109, 157), ma anche all'art. 3 della nostra Costituzione ove indica tra i fini della Repubblica quello di rimuovere gli ostacoli che impediscono il "pieno sviluppo della persona umana". È un concetto elastico, che può essere inteso in modi diversi, ma che indica una precisa direzione, in cui l'essenziale è anzitutto eliminare i condizionamenti di ogni tipo (culturali, economici etc.) che ostacolano una vera crescita umana. Favorire una crescita qualitativa implica anche assecondare le propensioni umane alla conoscenza, alla ricerca interiore, all'amicizia, alla cooperazione e alla condivisione. Su di esse, del resto, fa in parte almeno tacitamente affidamento ogni organizzazione sociale, che non può reggersi solo su un mero coacervo di egoismi famelici in conflitto tenuti a freno da sanzioni. Si tratta dunque anche di favorire un riorientamento dall'avere all'essere [40], dalla prioritaria ricerca di beni materiali esclusivi (come ricchezza e potere) a quella di beni immateriali inclusivi (come appunto il sapere o l'amicizia) [41]. Non si tratta di ingenuo utopismo, come alcuni sbrigativamente ritengono: varie indicazioni univoche possono trarsi dai fondamenti sapienziali di tutte le tradizioni spirituali e da molti orientamenti filosofici (antichi e moderni, orientali e occidentali, religiosi e laici). Una vera ingenuità alligna in una concezione riduzionistica dell'umano: credere che l'uomo possa essere modellato totalmente dalle istanze del produttivismo-consumismo tecnologico-economico. Secondo Erich Fromm i tratti impressi dal nostro sistema "*finiscono per produrre una personalità malata e quindi una società malata, per condurre a molti squilibri tra cui la catastrofe ecologica*" [42].

Oltre il pervasivo condizionamento materialista, lo sviluppo può dunque divenire certamente più sostenibile se inteso non come sviluppo puramente economico (misurato con il PIL), ma in senso ben più ampio, anche spirituale, cioè inteso – costituzionalmente – come sviluppo pieno della persona umana, entro il quale possono fiorire anche un senso di appartenenza alla natura, di rispetto per gli altri esseri viventi e un atteggiamento di cura anziché dominativo-distruttivo.

---

[39] A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, Torino, 2021, p. 72.

[40] Sempre attualissime restano a mio avviso le analisi e le indicazioni di E. FROMM, *Avere o essere?*, trad. it., Milano, 1990 (I ed. 1977).

[41] Su cui si sofferma L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, seconda edizione, Padova, 2019, pp. 324-325.

[42] E. FROMM, *Op. cit.*, pp. 18-19.

© Wolters Kluwer Italia

FORME E CONTENUTI DEL PATERNALISMO. PER UNA RILETTURA IN CHIAVE LIBERTARIA ED EDUCATIVA CON L'INFORMAZIONE A FONTE DI COMPRENSIONE AUTENTICA *

LUIGI PROSIA

SOMMARIO: 1. Come e quando lo Stato interviene: condizioni e limiti. – 2. Dalle distorsioni cognitive all'*hard paternalism*, fino al paradosso del diritto di essere infelici. – 3. Coercizione o guida? La logica del "paternalismo libertario". – 4. La scissione tra mezzi e fini e la loro possibile inversione. – 5. L'ambiguità della *default rule*: l'apparente autonomia e la sostanziale eteronomia della volontà. – 5.1. *Nudging* sì! – 5.2. *Nudging* no! – 6. Verso un paternalismo educativo regolato dall'informazione. – 6.1. Alcune applicazioni. – 6.2. Una conclusione a metà tra promesse ideali e vincoli concreti.

Abstract: Alongside the restrictions on individual freedoms imposed through commands and prohibitions, typical of "hard" paternalism, "soft" regulatory strategies are increasingly spreading today. These aim to indirectly steer individual behaviour and, more generally, social dynamics in the direction of the choice preferred by the contextual decision-maker. The issue lies in the tension between this so-called "libertarian paternalism" and the coercive (or partially coercive) dimension of law, which exposes its weaknesses: the risk of merely apparent self-determination, the deviation toward opportunistic ends, and the non-neutrality of its means. Such criticalities could be overcome through a form of paternalism consistent with liberal-democratic principles, grounded both in educational empowerment and in the provision of more detailed information. It could thus be capable of fostering greater individual awareness and enabling individuals to resist those governmental nudges deemed undesirable or detrimental to well-being, according to their own autonomous conception.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. Come e quando lo Stato interviene: condizioni e limiti

Il dibattito occidentale sul fondamento e sul funzionamento della forma-Stato, e sulla conseguente necessità o meno di azioni regolatorie, si articola tra due concezioni differenti dei rapporti fra autorità e cittadini. Da una parte, vi è la visione "atomistica", che prevede una netta separazione tra sfera pubblica e privata, sostenendo che lo Stato – frutto di un patto volontario tra individui – dovrebbe intromettersi il meno possibile, e solo dopo aver garantito i diritti minimi indispensabili alla convivenza pacifica [1]. Dall'altra, si pone la prospettiva "organicistica", che considera lo Stato stesso come una realtà preesistente e aprioristicamente superiore ai suoi membri. D'altronde, se gli esseri umani sono per natura portati a vivere in comunità, gli interessi singoli possono (e devono) essere sacrificati ogniqualvolta lo richieda la tutela del bene comune, purché inteso in senso oggettivo e universale, e mai deformato dalle contingenze politico-ideologiche o storico-culturali. Se così è, in quest'ultima impostazione non è possibile presupporre diritti individuali assoluti da opporre allo Stato: ogni persona vive all'interno di una rete di relazioni interdipendenti, e ogni dimensione privata possiede inevitabilmente un risvolto pubblico, tale da giustificare l'esercizio di una sovranità statale nel senso forte del termine, al punto che l'appartenenza alla comunità contribuisce a definirne la stessa identità [2].

Su tali premesse si innesta, in epoca moderna, la riflessione liberal-democratica, che tenta di conciliare autorità statale e libertà personale mediante una puntuale ridefinizione dei contorni dell'intervento pubblico. Essa reputa l'individuo come il miglior architetto delle proprie scelte, sia nella sfera pubblica – in cui esercita il diritto di voto e manifesta le proprie preferenze – sia in quella privata, nella quale esige il rispetto dei propri diritti e delle proprie libertà, ritenendo di conosce-

---

[1] Di contro, sull'acuta crisi della demarcazione tra pubblico e privato – dovuta sia all'affermarsi dello Stato di diritto, strutturato in modo da offrire agli individui pretese azionabili anche nei confronti dei poteri pubblici, sia al processo di internazionalizzazione/globalizzazione dei circuiti sovrani – v. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto pubblico/privato* (voce), in F. D'AGOSTINO - A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Cento e una voce di teoria del diritto*, Torino, 2010, pp. 68-74.

[2] Cfr. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di teoria del diritto*, Torino, 2006, pp. 29-55. Il dissenso metodologico e talora ideologico tra *liberals* e *communitarians* emerge con particolare chiarezza, in riferimento allo specifico istituto della cittadinanza, in A.C. AMATO MANGIAMELI, *I diritti umani tra teorie e prassi*, Torino, 2022, pp. 1-16, nonché in EAD., *"Desiderai essere un cittadino". Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*, Torino, 1996, pp. 17 ss.

© Wolters Kluwer Italia

re meglio di chiunque altro ciò che è bene per sé [3]. Di conseguenza, lo Stato non può impedirgli di arrecare un danno a sé stesso, anche significativo, salvo che tale condotta determini altresì un pregiudizio per gli altri membri della società. Per delimitare lo spazio d'azione statale nella tutela dei cittadini, occorre dunque valutare se la lesione subita da un individuo produca effettivamente conseguenze negative anche per gli altri consociati. Il legittimo esercizio del potere sovrano è infatti ammesso esclusivamente al fine di prevenire il danneggiamento di interessi reciproci, ossia di "*quegli interessi che si dovrebbero considerare come un diritto, per un'esplicita disposizione di legge oppure per tacita intesa*" [4], sebbene qualunque azione che limiti la possibilità di realizzare una propria istanza – anche una apparentemente futile, come quella di trovare al bar sotto casa, ogni domenica mattina, un cornetto integrale al miele – possa, in qualche misura, essere considerata fonte di un danno.

In sostanza, il fatto che una condotta sia, in linea di principio, dannosa non costituisce di per sé una ragione sufficiente per vietarla; lo Stato può tuttavia adoperarsi qualora essa leda spettanze altrui, purché tale compromissione abbia valenza oggettiva, vale a dire non sussista soltanto dal punto di vista della vittima, integrando altresì la violazione di un diritto giuridicamente rilevante. È questo, in estrema sintesi, l'*harm principle* (o principio del danno) formulato da John Stuart Mill, secondo cui l'intrusione statale è legittima unicamente nei confronti di determinati comportamenti, mentre ogni ulteriore forma di ingerenza deve, di regola, considerarsi indebita [5]; un principio, che delinea un approccio intermedio tra le due traiettorie precedentemente richiamate del "liberalismo-atomismo" e del "comunitarismo-organicismo". Da un lato, l'individuo può essere lasciato libero di decidere, poiché reputato capace di autoregolarsi razionalmente e di scegliere ciò che è meglio per sé (componente libertaria). Dall'altro, eventuali interferenze paternalistiche risultano giustificate solo per evitare che le azioni di alcuni si traducano in danni ingiusti per altri, e non già per correggere i fallimenti del mercato – intesi come situazioni di allocazione ineffi-

[3] Cfr. M. Cuono - R. Sau, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in *Meridiana. Riv. stor. sc. soc.*, 1/2014, pp. 29-46.

[4] J.S. Mill, *Sulla libertà* (1859), trad. it., Milano, 2000, p. 168.

[5] Cfr. *Id.*, p. 86. Per un'attenta riflessione sul richiamato principio, si rimanda a P. Tincani, Harm principle*. Il principio del danno*, in F. Sciacca (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, Genova, 2009, pp. 55-80; Id., *In difesa del principio del danno*, in N. Riva (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma, 2020, pp. 13-32.

© Wolters Kluwer Italia

ciente o iniqua delle risorse – né per accrescere il benessere dei cittadini, spesso delimitato da apprezzamenti distorti della realtà o addirittura da tendenze autolesioniste (componente comunitaria). Ciò equivale a dire che "*il criterio del danno [...] tende a escludere [...] l'uso del diritto per imporre ai cittadini il loro stesso bene, in ipotesi conosciuto meglio dal legislatore che dai cittadini stessi*" [6], preservando una concezione di libertà al plurale, cioè in grado di espandersi in innumerevoli e contrastanti direzioni, fino a consentire a ciascuno di progettare la propria vita secondo il proprio carattere, i propri gusti, le proprie inclinazioni e i propri orientamenti, con l'unico limite di non intaccare la libertà altrui.

2. Dalle distorsioni cognitive all'*hard paternalism*, fino al paradosso del diritto di essere infelici

La fiducia liberale nell'autonomia degli individui è oggi messa in discussione dalle acquisizioni delle scienze cognitive e comportamentali, le quali – muovendo da parametri maggiormente aderenti al dato fattuale – mostrano come i processi deliberativi siano frequentemente influenzati da *bias* sistematici e da contesti di scelta fuorvianti. Ne deriverebbe, in linea con questa impostazione, la legittimazione di un intervento statale anche di tipo coercitivo, diretto a impedire che gli stessi individui finiscano per "rovinarsi con le proprie mani", in modo non dissimile da quanto farebbe una balia nei confronti dei bambini a essa affidati. Il presupposto di tale intervento risiederebbe nella violazione di un obbligo che, pur avendo natura normativa, varrebbe esclusivamente nei confronti di sé stessi, configurando una peculiare forma di "dovere giuridico intrapersonale".

Proprio le innate distorsioni cognitive degli agenti decisori – quali miopia, effetto gregge, scarsa abilità di giudizio statistico, pregiudizio di conferma, stereotipi e *overconfidence* – unitamente alle possibili interazioni tra di esse e alle molteplici influenze esterne sui processi di giudizio e di valutazione, talvolta accentuate dalla complessità di certi ambienti privi di adeguati meccanismi di *feedback* o caratterizzati da configurazioni ambigue, sembrano infatti aprire la strada a forme estre-

[6] T. CASADEI, *John Stuart Mill: le libertà al plurale e i limiti del diritto*, in T. CASADEI - G. ZANETTI, *Manuale multimediale di Filosofia del diritto*, Torino, 2022, pp. 301-310, in part. p. 305.

© Wolters Kluwer Italia

me di paternalismo o di *hard paternalism*. Con tale espressione si designa quella concezione etico-politica

> *in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, può usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni o rischi in modo significativo di cagionare a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico* [7].

Nei circuiti dell'*hard paternalism*, la coercizione viene valorizzata sino a divenire uno strumento ordinario – e non più eccezionale – dell'agire pubblico, volto a supplire alle carenze di razionalità degli individui. Se una persona, pur adulta e cosciente, è orientata a compiere azioni dannose o a non trarre beneficio da possibili comportamenti alternativi, per i paternalisti – nell'accezione forte del termine – lo Stato è chiamato a ostacolarla [8]. E questo in aperta tensione con i principi illuministici di autodeterminazione e autoresponsabilità, nonché con l'idea, risalente a Voltaire e Beccaria, secondo cui misure di natura restrittiva risultano ammissibili soltanto a tutela di interessi comuni. Questi ultimi, d'altronde, si configurano come il risultato della somma delle singole porzioni di libertà che ciascuno cede, anticipatamente e volontariamente, al potere sovrano.

Non è dunque casuale che il paternalismo, soprattutto quando ha assunto una forma sostanzialmente dispotica, giustificata con presunti calcoli di utilità sociale, si sia storicamente rivelato un facile bersaglio per le teorie liberaldemocratiche. Il sospetto – tuttora attuale – è sem-

---

[7] G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2011, p. 134, il quale a sua volta dichiara di aderire alla definizione di paternalismo elaborata da G. Dworkin, *Paternalism* (*entry*), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *first published 6 November 2002, substantive revision 9 September 2020 (plato.stanford.edu)*. Per ulteriori approfondimenti e chiarificazioni sul tema del paternalismo, si rinvia a R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, e, più di recente, a C. Coons - M. Weber (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

[8] Cfr. sul punto S. Conly, *Against Autonomy*, Cambridge, 2012, la quale sostiene che, venendo oggi meno il pilastro della razionalità assoluta su cui poggiava l'argomento liberale di Mill, sono da accogliere anche i metodi coercitivi, purché finalizzati a proteggere la vita e la salute degli individui, pena il rischio di cadere nella tirannia o nel dispotismo. In merito, v. anche D. Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, in *Law & Philos.*, 4/2008, pp. 351-381.

© Wolters Kluwer Italia

pre stato quello di una contrapposizione tra ciò che viene pacificamente proclamato e quanto effettivamente praticato, tanto più oggi, quando da un lato si esaltano i principi del libero mercato e, dall'altro, gli Stati assumono un ruolo sempre più incisivo nella vita privata delle persone [9]. Di qui, le questioni che ruotano attorno alla dicotomia liberalismo/paternalismo tendono a spostarsi sempre più sul terreno del bilanciamento tra libertà e protezione, nel tentativo – come si vedrà – di individuare il confine oltre il quale l'azione pubblica arriva a tradire i propri scopi.

Dove si colloca il limite al diritto di intervento del potere pubblico sulle abitudini dei cittadini? [10] Non è forse immaginabile che, in un futuro non troppo lontano, la Nutella possa essere classificata come droga e il *jogging* reso obbligatorio per tutti [11], in linea con la tendenza contemporanea a mettere in discussione i modelli giuridici ed economici tradizionali, fondati sulla convinzione che le preferenze vengano sempre espresse da persone capaci di intendere e di volere, in possesso di conoscenza accurata dei fatti rilevanti e coerenti nelle loro scelte anche a distanza di tempo? [12]

D'altro canto, se non esistessero limiti alla libertà personale, questa rischierebbe di rovesciarsi nel suo contrario o di diventare perfino autodistruttiva. Proprio questo intendono scongiurare i sostenitori del c.d. "paternalismo liberale non biasimevole", per i quali sono ammissibili provvedimenti coattivi dello Stato in tutte quelle circostanze in cui la consapevolezza degli individui risulta ridotta o assente: minore

---

[9] La sfera privata dell'individuo comprende: *a*) il corpo e la mente; *b*) il domicilio; *c*) l'identità personale, che include il nome, l'immagine, la riservatezza, la reputazione (cioè, l'identità pubblica) e la corretta rappresentazione della medesima identità, secondo lo schema giuridico dei "tre cerchi concentrici" teorizzato da G. MANIACI, *Come interpretare il principio del danno*, in *Ragion pratica*, 1/2017, pp. 152-153.

[10] "*Nella questione pratica della determinazione del limite – di come conseguire l'equilibrio più opportuno tra indipendenza individuale e controllo sociale – quasi tutto resta ancora da fare. Tutto ciò che rende l'esistenza di chiunque degna di essere vissuta dipende dall'imposizione di restrizioni sulle azioni altrui*". Così, J.S. MILL, *Op. cit.*, p. 16.

[11] Cfr. F. BARONCELLI, *Mi manda Platone*, Genova, 2009, p. 130.

[12] Il paradigma dell'*homo œconomicus* è sempre più oggetto di riflessioni critiche, poiché "*la tradizione cognitiva in psicologia riconosce che gli esseri umani sono sistemi capaci di giudizi e scelte razionali. E accetta pertanto che quella offerta dalla teoria economica possa essere una buona approssimazione del comportamento reale. Ma, per quanto approssimativamente buona, è una teoria fortemente incompleta e irrealistica*". Così, M. MOTTERLINI - F. GUALA, *Psicologia ed esperimenti in economia*, in M. MOTTERLINI - F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, Milano, 2005, p. 6.

© Wolters Kluwer Italia

età, incapacità di intendere e di volere, stati di incoscienza momentanea, come nel caso di chi attraversi senza saperlo un ponte pericolante, non comprendendo gli avvertimenti di chi parla una lingua diversa dalla sua [13].

In assenza di tale tutela, qualcuno potrebbe arrivare paradossalmente a rivendicare il diritto di essere infelice come espressione estrema della propria libertà. È il caso di John il Selvaggio, protagonista del *Mondo Nuovo* di Aldous Huxley, che rifiuta di adattarsi a una società basata sul piacere, sulla felicità chimica e sulla salute fisica, in cui una popolazione di schiavi finirebbe addirittura per amare la propria condizione di sottomissione.

> *Io reclamo il diritto di essere infelice. Senza parlare del diritto di diventare vecchio, brutto e impotente; il diritto di avere la sifilide e il cancro; il diritto di avere troppo poco da mangiare, il diritto di essere pidocchioso, il diritto di vivere in una costante apprensione per ciò che potrà accadere domani; il diritto di prendere il tifo; il diritto di essere torturato da dolori inimmaginabili di ogni genere* [14].

Pretese irrazionali e autolesioniste, queste di John, che i paternalisti – tanto nella versione *hard*, quanto nelle altre varianti che esamineremo – non potrebbero mai accettare: lo Stato, in quanto "padre buono", è chiamato a proteggere gli individui da danni, malattie, sofferenze e catastrofi, o quantomeno a porli al riparo dalla complessità e dalla frequente non neutralità di certi contesti di scelta, facilitando così il raggiungimento di molteplici obiettivi, anche di politica pubblica o di impegno civico, come pagare le tasse, vaccinarsi, donare sangue od organi, e simili.

3. Coercizione o guida? La logica del "paternalismo libertario"

A differenza del paternalismo *hard* sopra richiamato, in cui la mano pubblica giunge a imporre o a precludere determinate scelte mediante prescrizioni esplicite, esistono forme di intervento volte a rendere semplicemente più probabile che gli individui perseguano certi fini, operando in modo tenue, indulgente e poco invasivo. Per questa ragio-

---

[13] Cfr. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, New York, 1987.

[14] A. Huxley, *Il mondo nuovo* (1933). *Ritorno al mondo nuovo* (1958), trad. it., Milano, 2016, pp. 135-136.

© Wolters Kluwer Italia

ne, pur conservando la valenza "paterna" del prendersi cura, tali pratiche potrebbero risultare accettabili anche agli antipaternalisti più convinti.

In contrapposizione a quella che è stata definita una "*modalità della regolazione onerosa, coercitiva, «vecchio stile» e illiberale*" [15], Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, nel *best seller Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* [16], propongono un paternalismo *soft*, inteso come una mera "*assistenza istituzionale al processo decisionale*" [17].

Tale approccio si distingue fondamentalmente per due caratteristiche: 1) non implica metodi di persuasione diretta né altera in modo significativo gli incentivi economici, fondandosi su risposte automatiche e riflesse, stimolate da una specifica predisposizione del contesto decisionale che, per essere realmente efficace, deve semplificare il percorso delle persone attraverso pungoli o "spinte gentili" (opzioni di *default*, avvisi grafici, promemoria, ecc.) [18]; 2) non si traduce, di conseguenza, in una regolamentazione coercitiva, preservando – almeno formalmente – la libertà di scelta degli individui, i quali mantengono sempre la possibilità di opporsi alle sollecitazioni ricevute.

Si costruiscono, in altri termini, "corsie preferenziali" che guidano gli individui stessi verso i tragitti che questi intraprenderebbero se non fossero vittime dei pregiudizi cognitivi [19], senza per questo privare chi

---

[15] S. VIDA, *Il paternalismo "mite" del nudge: su alcuni aspetti della regolazione post-liberale*, in M. TARONI - M. UBERTONE (a cura di), *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, Torino, 2020, p. 52.

[16] New Haven, 2008, trad. it., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009. Di quest'opera è stata pubblicata nel 2021 quella che gli stessi Thaler e Sunstein, molto probabilmente intenzionati a non tornare più sull'argomento, hanno intitolato *The Final Edition* (trad. it., *L'edizione definitiva*, 2022).

[17] S. VIDA, *Il paternalismo "mite" del nudge*, cit., p. 41.

[18] Alcune delle politiche pubbliche adottate negli USA durante il primo mandato presidenziale di Obama (2009-2013), periodo in cui lo stesso Sunstein fu responsabile dell'*Office of Information and Regulatory Affairs* della Casa Bianca, non rappresentavano altro che "*sforzi creativi per facilitare le scelte delle persone, semplificando le pratiche per iscriversi al college, mettere da parte denaro per la pensione, avere pasti nutrienti a scuola e l'assicurazione sanitaria*" (C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, *L'arte del governo del terzo millennio*, trad. it., Milano, 2014, p. 22).

[19] I principali fattori che, secondo Thaler e Sunstein, condizionano la ragione (cfr. *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 89-90) sono: *a*) la propensione all'inerzia, che conduce alla non decisione o al suo continuo rinvio, rendendo difficile il cambiamento anche quando appare razionalmente convincente; *b*) la tendenza al mantenimento dello *status quo*; *c*) l'effetto *feedback*, cioè l'intervallo di tempo, più o meno ampio, che separa la decisione dai suoi esiti (positivi o negativi); *d*) la noncuranza delle con-

© Wolters Kluwer Italia

desideri intraprendere vie alternative della possibilità di farlo liberamente. Non sorprende, dunque, che gli stessi fautori di tale meccanismo di *policy making*, coniando un'espressione solo in apparenza ossimorica, parlino di "paternalismo libertario" [20]: esso è "paternalistico" perché, compensando la vulnerabilità percettiva e cognitiva degli individui, rende più chiare alcune opportunità di scelta, celandone per converso altre; ed è al tempo stesso "libertario", poiché non costringe nessuno ad agire secondo quanto suggerito dal c.d. "architetto delle scelte", lasciando l'ultima parola al cittadino e ai suoi processi di pensiero deliberativi e consapevoli.

Per canto loro, i decisori di contesto mirano, da un lato, a rendere la vita dei cittadini più lunga, più sana e complessivamente migliore, analogamente allo Stato paternalista, il quale adotta politiche dall'intento benefico o di sostegno per compensare la presunta incapacità umana di raggiungere la felicità. Basti pensare alle cattive abitudini alimentari, al tabagismo o all'alcolismo, che mostrano quanto spesso le persone formulino previsioni distorte o imprecise sul proprio futuro, a discapito del loro benessere fisico, psichico e sociale [21]. Dall'altro lato, essi si propongono di proteggere – se non addirittura ottimizzare – l'autonomia decisionale, ripulendola dai documentati vizi della razionalità, in piena sintonia con le istanze libertarie.

In definitiva, la soluzione avanzata da Thaler e Sunstein contro le strettoie del paternalismo coercitivo e illiberale possiede una duplice e, al tempo stesso, conciliante natura: si tratta di "*un approccio che preserva la libertà di scelta ma autorizza sia le istituzioni private che quelle pubbliche a orientare le persone nella direzione che promuove*

---

seguenze delle proprie scelte, dovuta anche a un eccesso di ottimismo irrealistico, che porta a reagire più prontamente alle informazioni desiderate che a quelle indesiderate; *e*) l'inclinazione a conformarsi ai comportamenti altrui (effetto imitazione); *f*) l'effetto *framing*, ossia l'influenza esercitata dal modo in cui le informazioni vengono presentate; *g*) le difficoltà, spesso dovute a scarsa dimestichezza, nell'applicazione della logica deduttiva e induttiva, oltre che del calcolo delle probabilità.

[20] R.H. Thaler - C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, in *Am. Econ. Rev.*, 2/2003, pp. 175-179. Diversamente, secondo A. Alemanno, *Nudging Smokers: The Behavioural Turn of Tabacco Risk Regulation*, in *Eur. Journ. Risk Regul.*, 1/2012, pp. 32-42, l'espressione "paternalismo libertario", al di là di quanto sostenuto dai suoi ideatori, deve ritenersi effettivamente ossimorica, poiché uno dei principali argomenti critici nei confronti del *nudging* fa leva proprio sul suo carattere eccessivamente paternalistico. In senso analogo, nel più ampio dibattito internazionale, cfr. anche G. Mitchell, *Libertarian Paternalism Is an Oxymoron*, in *Northw. Univ. Law Rev.*, 3/2005, pp. 1245-1277, e V.P. Veetil, *Libertarian Paternalism Is an Oxymoron: An Essay in Defence of Liberty*, in *Eur. Journ. Law Econ.*, 3/2011, pp. 321-334.

[21] Cfr. R.H. Thaler - H.M. Shefrin, *An Economic Theory of Self-Control*, in *Journ. Pol. Econ.*, 2/1981, pp. 392-406.

© Wolters Kluwer Italia

il loro benessere" [22], la cui definizione resta – almeno sulla carta – affidata al loro stesso giudizio.

In verità, sebbene gli stessi Thaler e Sunstein affermino, in apertura del loro lavoro, che le decisioni indotte dagli "architetti delle scelte" siano volte a salvaguardare gli interessi individuali, rimediando alle loro cattive "internalità", nel prosieguo dell'opera riconoscono come la loro strategia regolatoria, quasi un vero e proprio veicolo di comunicazione di massa [23], possa risultare utile – e persino auspicabile – anche per il raggiungimento di finalità collettive, qualificabili, in termini giuridici, come di interesse pubblico. Lo dimostrano i numerosi esempi riferiti alla tutela della salute e dell'ambiente, alla promozione dell'inclusione sociale e alla lotta contro le varie forme di discriminazione, mediante attività filantropiche o di volontariato orientate, per lo più, a correggere le "esternalità" negative.

L'obiettivo del benessere individuale viene allora riconsiderato nelle sue implicazioni pubbliche o collettive, alla luce di un "paternalismo edonico" che, nella prospettiva dell'*agere publicum*, non dovrebbe destare particolari perplessità: quando i governanti intervengono per incentivare o, al contrario, per disincentivare determinate scelte, i fini delle loro azioni risultano comunque fissati *ab externo* dalla legge [24]. Di conseguenza, quella che vedremo essere la principale critica rivolta al *nudging* – ossia, la presunta eteronomia dei fini – appare, a prima vista, attenuata.

Resta il fatto che, in una società democratica, fondata sulla garanzia delle libertà individuali e su un pluralismo di valori talmente accentuato da renderci tutti, in qualche misura, "estranei/turisti" di comunità interculturali e globali [25], la possibilità di giungere a un'ampia e duratura intesa su ciò che sia giusto o ingiusto, bene o male, risulta di difficile attuazione. In un simile contesto, praticare un'etica sostantiva – dalla quale far discendere gli obiettivi che le scelte, tanto dei singoli quanto della collettività, dovrebbero perseguire per dirsi coerenti con un benessere previamente e oggettivamente determinato – appare estremamente complesso [26].

---

[22] R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, cit., p. 179.

[23] Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Dir. Inf. Inform.*, 2/2017, p. 158.

[24] Cfr. A. ZITO, *La* nudge regulation *nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, pp. 30 ss.

[25] Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *I diritti umani tra teorie e prassi*, cit., p. 81.

[26] Cfr. F. BOTTURI, *Etica sostantiva ed etica procedurale. Divergenze e integrazioni*, in *Riv. fil. neoscol.*, 1-2/2015, pp. 407-411.

© Wolters Kluwer Italia

Il principale rischio è che il "paternalismo libertario", caratterizzato da una certa opacità circa gli interessi da raggiungere, si trasformi in una forma di oggettivismo etico, configurante "*sia un prodotto dell'utilitarismo* [ad esso] *sotteso* [...]*, sia un requisito coerente con il* télos *perfezionistico che persegue*" [27], estraneo ai vincoli procedurali e sostanziali propri dello Stato di diritto [28]. Altrimenti detto, pur volendo credere – come si afferma – che il *nudging* possa essere più efficace della tradizionale regolazione giuridica di tipo "*command and control*" nel promuovere atteggiamenti di obbedienza "spontanea" volti all'arricchimento delle vite dei cittadini, il parametro di riferimento non sembra potersi configurare nel loro benessere inteso individualmente o collettivamente; quel benessere che, per Thaler e Sunstein, costituisce la molla e il punto di arrivo di tutta la loro costruzione teorica. Si tratta, in effetti, di un concetto estremamente variabile e polisemico, risultante dalla somma di molteplici e diversificati aspetti (economici, psicologici, morali, sociali, ecc.) difficilmente accessibili nella loro totalità a un soggetto terzo in posizione di osservatore e valutatore esterno: il "paternalista libertario".

4. La scissione tra mezzi e fini e la loro possibile inversione

La riduzione degli spazi di autonomia, tratto caratteristico di qualsiasi dimensione paternalistica, può variare in ampiezza a seconda che riguardi la scelta dei fini verso cui tendere – ossia, quelli ritenuti, in astratto, più conformi al benessere individuale e collettivo (paternalismo *strong*) – oppure incida soltanto sui mezzi per raggiungerli (paternalismo *weak*). In entrambi i casi, si configura comunque una condizione di eteronomia, operante a diversi livelli del processo decisionale, e particolarmente evidente quando il paternalismo è così intenso da in-

[27] S. Vida, *Il paternalismo "mite" del nudge*, cit., p. 57.

[28] Per i seguaci delle scienze cognitive e comportamentali, che non ripongono molta fiducia nella capacità di *debiasing* degli individui – incapaci sia di emanciparsi dai propri limiti, sia di modificare consapevolmente e in meglio i propri dogmi interiori – le "architetture delle scelte" condizionerebbero le decisioni individuali in senso tendenzialmente "perfezionistico", ovvero secondo standard oggettivi e misurabili di benessere, ma non "emancipativo". Per tale ragione, tali architetture possono essere criticate come forme di "infantilizzazione" dei cittadini, nonché come inidonee a gestire questioni e problematiche eccessivamente complesse, come quelle legate al superamento delle emergenti e progressive crisi climatiche, economiche e umanitarie del nostro tempo (cfr. J. Le Grand - B. New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?*, Princeton, 2015; E. Selinger - K.P. Whyte, *Nudging Cannot Solve Complex Policy Problems*, in *Eur. Journ. Risk Regul.*, 1/2012, pp. 26-31).

© Wolters Kluwer Italia

terferire con gli scopi ultimi degli individui, considerandoli incapaci di determinare cosa sia più conveniente per loro o, più in generale, di aderire a visioni del mondo differenti da quella dominante.

Nella seconda delle due ipotesi, i cittadini – seppure limitatamente alla loro attitudine a scegliere correttamente – vengono concepiti come eterni minorenni o, in chiave critica, come soggetti antropologicamente "inferiori" rispetto a chi li governa, a tal punto che persino la delega democratica viene interpretata da alcuni come un utile meccanismo per mitigare gli effetti negativi delle scelte di individui ipoteticamente vulnerabili e permanentemente inadeguati a intraprendere la strada giusta. Per contro, si trascura che anche le opzioni degli attori politici potrebbero derivare da valutazioni *ab origine* viziate da errori cognitivi, destinati a propagarsi poi tra la popolazione e a produrre informazioni fuorvianti a cascata [29].

Thaler e Sunstein, dal canto loro, promuovono un paternalismo – oltre che *soft* – rigorosamente *weak* (o dei mezzi), con cui i regolatori pubblici mirano a incoraggiare alcuni comportamenti palesemente vantaggiosi, spesso offuscati dalle falle emozionali del giudizio (ad esempio: non inquinare l'ambiente, fumare meno, seguire una dieta più sana, sottoscrivere un'assicurazione sulla vita o donare gli organi), scoraggiandone al contempo – per sottrazione – altri ritenuti meno virtuosi. Si tratta, in altre parole, di una strategia, per così dire, "idraulica", in grado di orientare – "spingendo" o inibendo – le condotte umane, mantenendo sì un ruolo di guida, ma senza sfociare apertamente in derive autoritarie.

Se nel paternalismo *strong* i cittadini possono essere costretti a comportarsi in un certo modo – proprio perché ritenuti inadeguati non solo a scegliere i mezzi per conseguire i propri fini, ma anche a determinarli autonomamente alla luce di un qualche ideale (individuale/collettivo) di bontà – nel paternalismo *weak* viene loro richiesto solamente di accondiscendere alle misure proposte. Di conseguenza, l'efficacia di quest'ultimo dipenderà quasi certamente da variabili contingenti, come le capacità persuasive del regolatore di turno, cioè da come questi saprà convincere i regolati a propendere per una determinata azione piuttosto che per un'altra. Diversa è invece la questione della verifica di tale efficacia: il *policy maker* potrà certamente constatare

[29] Sulle finalità paternalistiche della delega democratica, v. T.J. BRENNAN, *Behavioral Economics and Policy Evaluation*, in *Journ. Benefit-Cost Anal.*, 1/2014, e, per i risvolti critici, R. SUGDEN, *Why Incoherent Preferences Do Not Justify Paternalism*, in *Const. Polit. Econ.*, 3/2008, pp. 226-248.

© Wolters Kluwer Italia

se, attraverso i pungoli, si sia prodotta o meno una modifica dei comportamenti, ma gli sarà assai difficile dimostrare se essa corrisponda al soddisfacimento degli interessi che i singoli sceglierebbero autonomamente di conseguire o – come già accennato – a una perniciosa neutralizzazione politica e giuridica del pluralismo degli stessi interessi soggettivi, sostituiti da quelli prescelti dal *nudger* con l'obiettivo ipotetico di perseguire esigenze di utilità sociale.

Ad ogni modo, tanto nell'una, quanto nell'altra prospettiva, il punto di partenza resta il medesimo: l'autorità presume di conoscere ciò che è meglio per l'individuo. Cambiano, però, il punto di arrivo e le dinamiche – più o meno trasparenti – messe in atto per raggiungerlo. Unicamente nell'approccio *weak*, infatti, queste dinamiche potrebbero incidere sulle scelte individuali, impedendo alle persone di comprendere appieno la *ratio* di certe richieste, in maniera tanto sottilmente invasiva che "*under the banner of neutrality, control regimes become less overt, less accountable, and more paternalistic*" [30].

Peraltro, parlare in senso rigoroso di paternalismo "dei fini" e "dei mezzi" può risultare alquanto complesso. È sufficiente spostare la questione su un piano marcatamente speculativo per osservare come, in determinati casi, un fine possa trasformarsi in mezzo rispetto a un altro fine più ampio, e così via, fino a quando la regressione all'infinito non venga arrestata a una certa soglia. Ad esempio, il fine di mantenere il normopeso, perseguito privilegiando alimenti poveri di grassi, può essere interpretato come mezzo in vista dell'ulteriore fine di vivere più a lungo e in buona salute. A sua volta, questa stessa longevità può apparire come strumento per allontanare il più possibile quel "rendimento di senso" certo, incondizionato e insuperabile che accomuna tutti gli esseri umani: la morte [31].

Specularmente, la difficoltà di distinguere mezzi e fini – essendo essi legati da un *continuum* – può, se portata alle sue estreme conseguenze, condurre a situazioni in cui i mezzi arrivano a dettare o persino

---

[30] R. Baldwin - M. Cave - M. Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, 2012, p. 124.

[31] Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Corpi docili, Corpi gloriosi*, Torino, 2007, pp. 21-22, che argomenta sulla naturale tensione tra il desiderio di immortalità, da sempre proprio degli individui, e oggi reso più realizzabile dal processo di artificializzazione/protesizzazione dei corpi, e il dovere di morire riguardante l'Esserci heideggeriano, che è "essere-per-la-sua-morte". La morte degli uomini (*Tod*), infatti, a differenza di quella di qualsiasi altro essere vivente, non è solo un fatto di natura (un *Müssen*), ma anche e soprattutto un dovere fondamentale, in quanto rappresenta il nostro comune e universale debito: non "si muore", ma "si deve morire!".

© Wolters Kluwer Italia

corrompere i fini stessi [32]. Benché sia plausibile pensare che, ad esempio, un pacifista persegua i propri obiettivi di pace con mezzi non violenti, rifiutando strumenti militari od offensivi nei confronti di altre nazioni per non contaminare i propri ideali [33], non è infondato temere che questi, polarizzandosi eccessivamente sugli scopi prefissati, possa giungere a risultati diversi da quelli inizialmente desiderati, ricorrendo a mezzi anche illegali o violenti.

Nello stesso equivoco del machiavellismo (o della strumentalità inversa) potrebbe cadere anche il *nudger*, qualora non riconosca la necessità di individuare alcuni principi fondamentali, alla base di un modo razionale di essere uomini, e a cui ancorare le norme o, più precisamente, le iniziative di *public policy* fondate sull'"architettura delle scelte". In mancanza di tale consapevolezza, il rischio è di perseguire determinati fini unicamente in ragione dell'esistenza dei mezzi – non di rado esasperati – per ottenerli [34], con un conseguente aumento della deresponsabilizzazione e un progressivo indebolimento, privo di tensioni politiche o sociali evidenti, dei criteri strutturali del diritto e della giustizia: parità ontologica tra i soggetti, simmetria delle posizioni e dei comportamenti, reciprocità delle tutele, proporzionalità degli interventi e delle misure di regolazione, oltre che imparzialità del giudizio [35].

5. L'ambiguità della *default rule*: l'apparente autonomia e la sostanziale eteronomia della volontà

Da un punto di vista strettamente concettuale, le proposte di *nudging*, nei termini descritti dai loro fautori, non farebbero altro che rendere più chiara la direzione del percorso individuale, offrendo al contempo gli strumenti per correggerne eventuali deviazioni, senza tutta-

[32] Sul rapporto tra mezzi e fini, da ricondurre ai dettami di un'etica deontologica, capace di temperare le istanze meramente utilitaristiche assumendo come prioritaria l'esigenza di giustizia, che risiede nel trattare ciascuno come persona, v.: G. PONTARA, *Se il fine giustifichi i mezzi*, Bologna, 1974; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, III ed., Torino, 2020; A. SEN, *L'idea di giustizia* (2009), trad. it., Milano, 2014.

[33] Per una definizione della nonviolenza come tecnica di azione politica, comprensiva della sua distinzione in pragmatica/negativa e dottrinale/positiva, si rinvia a F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Torino, 2011, pp. 82-84.

[34] "*Nell'inversione mezzi-fini balza in primo piano l'utilizzabilità del mezzo per la definizione dei fini, piuttosto che il problema di trovare mezzi per raggiungere i fini*". Così, T. SERRA, *L'uomo programmato*, Torino, 2003, p. 98.

[35] Cfr. S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, 1979, pp. 106 ss.

© Wolters Kluwer Italia

via (etero)determinarlo. È però vero che il pianificatore delle scelte, nel momento in cui agisce sui mezzi impiegati per il conseguimento di taluni fini, giunge inevitabilmente a orientare anche lo stile di vita delle persone. Non a caso, a dispetto delle loro finalità dichiarate, per gli studiosi più scettici tali pratiche rivelerebbero, nella sostanza, una connotazione liberticida, traducendosi in un paternalismo di tipo *soft* e *weak* soltanto nominalmente [36]. Rimane allora da chiarire se gli obiettivi – per quanto formalmente lasciati alla libera scelta dei *nudgee* – siano effettivamente decisi in modo personale e consapevole, oppure vengano di fatto prefigurati da soggetti terzi: i governanti, con i loro esperti comportamentali.

La politica delle "spinte gentili", più nello specifico, ci pone dinanzi ad alcuni interrogativi di indubbia rilevanza, seppure certamente intricati: le scelte di contesto – che comprendono diverse variabili organizzate in un modo piuttosto che in un altro secondo uno studiato *design* – incorporano inesorabilmente anche decisioni circa l'idea di bene che si intende promuovere o tutelare? E, se così fosse, sarebbe preferibile che lo Stato supplisse apertamente alla patologia decisionale umana, messa in luce dagli economisti comportamentali, ricorrendo alla coercizione intesa nel senso classico del termine? Oppure lo spazio di intervento potrebbe – come auspichiamo – estrinsecarsi sul piano educativo e informativo, così da promuovere abilità logiche e metacognitive utili ad affrontare determinati compiti e problemi?

Per tentare di rispondere a tali interrogativi, occorre muovere dall'analisi delle diverse posizioni in gioco nell'ambito dell'ampia disputa sul rapporto tra autonomia ed eteronomia dei fini, evocata in particolare da quelle forme di *nudging* fondate su automatismi solo in apparenza reversibili: le opzioni di *default*. Rispetto a queste, il non assumere una posizione equivale a rimanere all'interno di una condizione di scelta che, in astratto, potrebbe essere superata optando per l'uscita (la c.d. variabile *opt-out*); tuttavia, nella pratica, tale possibilità risulta di difficile realizzazione, per le ragioni che andremo a vedere.

---

[36] Su questo specifico aspetto, vale a dire sulla libertà solo apparente a fronte della connotazione effettivamente autoritaria del *nudging*, e sull'ampio dibattito che ne è conseguito, v., *ex multis*, S. Vida, *Tutta colpa del paternalismo*, in M. Galletti - S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, pp. 222 ss. D'altro canto, per una generale analisi del concetto di libertà, della sua origine, della sua evoluzione storica e delle sue molteplici declinazioni nel panorama giuspolitico, si rinvia a S. Veca, *Libertà*, Roma, 2019, e M. Barberis, *Libertà*, Bologna, 1999.

© Wolters Kluwer Italia

5.1. Nudging *sì!*

Nell'ambito del dibattito poc'anzi accennato, una prima posizione è rappresentata da quanti – come Thaler e Sunstein – tendono a ridimensionare il problema dei fini eteronomi, sostenendo che il *nudging* non produca, in alcun caso, effetti coercitivi. E questo, sebbene gli ambienti decisionali non siano quasi mai neutrali né del tutto immuni da influenze esterne, sicché una minima compromissione della sfera individuale non può, in linea di principio, essere esclusa. Nondimeno, a sostegno della componente libertaria varrebbe il requisito della c.d. "reversibilità", garantita dall'attivazione delle capacità analitiche, attentive e razionali poste a presidio della scelta consapevole. Tale attributo ben si presta a sottolineare l'attitudine del Sistema 2 della mente – più lento e controllato – a subentrare per sovrascrivere le informazioni acquisite dal Sistema 1 – più istintivo e immediatamente operativo – preservando così la deliberazione autonoma dell'agente [37]. Tutto ciò, ammesso che tale "reversibilità" sussista in concreto: gli individui devono trovarsi nelle condizioni effettive di poter fare diversamente, senza dover sostenere oneri eccessivamente gravosi, altrimenti la linea di demarcazione tra paternalismo *weak* e *strong* finirebbe per assottigliarsi, inducendo a conformarsi al modello proposto anche chi non reputi una determinata condotta coerente con la propria concezione di benessere [38].

Volendo fare un esempio, si pensi ai lavoratori di un'azienda già propensi a smettere di fumare, che potrebbero essere incoraggiati nell'intento attraverso un divieto esplicito affisso nei locali comuni (dimensione paternalistica del *nudging*). Resta comunque aperta la possibilità di continuare a fumare in spazi appositamente riservati (profilo libertario). Siffatti spazi, però, devono risultare facilmente accessibili, considerato il tempo limitato della pausa; presupposto, questo, che assicura la reale "reversibilità" del *nudging* [39].

---

[37] Cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), trad. it., Milano, 2020.

[38] I critici si interrogano a fondo su quale aggettivo sia più appropriato per qualificare la natura libertaria del *nudging*. Nello specifico, la discussione si concentra su tre possibili alternative: "*reversible*" (cfr. R. REBONATO, *A Critical Assessment of Libertarian Paternalism*, in *Journ. Consum. Policy*, 3/2014, pp. 357-396), "*avoidable*" (cfr. C. MILLS, *The Heteronomy of Choice Architecture*, in *Rev. Philos. Psychol.*, 3/2015, pp. 495-509) e "*resistible*" (cfr. Y. SAGHAI, *Salvaging the Concept of Nudge*, in *Journ. Med. Ethics*, 8/2013, pp. 487-493). Tuttavia, il *nudging* non può dirsi semplicemente "evitabile" o "resistibile", e la ragione è presto detta: se le reazioni che induce fossero facilmente riconoscibili e schivabili, esso non funzionerebbe.

[39] Se si considera il necessario coinvolgimento di ulteriori attori accanto a coloro

© Wolters Kluwer Italia

Più chiaramente, ai *nudger* che predispongono i pungoli "nascondendoli" nelle "architetture delle scelte" è raccomandato di mantenere ferma una basilare "divisione del lavoro", in virtù della quale la determinazione autonoma dei fini, propria del Sistema 2, non deve mai essere offuscata né tantomeno assorbita dalle decisioni dei *nudger* stessi sui mezzi, dirette invece a contenere gli effetti potenzialmente dannosi del Sistema 1. Ne consegue che il "paternalismo libertario" operi unicamente sul piano istintivo, lasciando libero da interferenze – e ancor più da manipolazioni – quello riflessivo, che può sempre contrastare gli automatismi o ribaltare la presentazione dell'informazione per pervenire a una comprensione effettiva del suo contenuto. E solo qualora le scelte generate dal Sistema 1 non fossero agevolmente superabili mediante una valutazione autonoma basata sul Sistema 2, la dimensione libertaria risulterebbe inevitabilmente compromessa.

5.2. Nudging *no!*

Dall'altra parte della barricata si collocano quanti sottolineano l'inaccettabile, o comunque preoccupante, eteronomia dei fini, poiché "*a dispetto delle intenzioni che essi professano, i* nudger *impongono interessi ai* nudgee*, guidandoli* [per l'appunto] *verso i fini che hanno individuato per loro e al posto loro in maniera eteronoma*" [40]. Certo, il *nudging* è concepito per migliorare le condizioni di vita dei singoli e della collettività, ma ciò non basterebbe a sciogliere il nodo problematico.

Le prospettive più critiche arrivano a prefigurare, come conseguenza dell'applicazione pratica delle "spinte gentili", scenari di tipo dispotico, soprattutto quando entrano in gioco le accennate opzioni

---

ai quali si mira a recare un beneficio – dal semplice datore di lavoro ai produttori di sigarette, cui viene richiesto di orientare l'attività verso alternative meno dannose, come le sigarette elettroniche, fino ai rivenditori, ai quali può essere imposto di collocare i pacchetti in un angolo appartato, costringendo i consumatori a richiederli esplicitamente e disincentivandone così l'acquisto – tale paternalismo assume anche una veste c.d. "impura", fondata a sua volta sulla distinzione tra paternalismo *narrow* (stretto) e *broad* (ampio). Il primo riguarda la sola coercizione legale esercitata dallo Stato, attuata tramite norme che impongono obblighi o divieti, con eventuali sanzioni pecuniarie o detentive. Il secondo, invece, include qualsiasi azione paternalistica – anche priva di deterrente – posta in essere tanto dallo Stato quanto da soggetti pubblici o privati, e in tale categoria rientrerebbe, per l'appunto, il paternalismo impuro. Per una rassegna dettagliata delle diverse tipologie di paternalismo, si rimanda a G. Dworkin, *Paternalism*, cit., par. 2 (*Conceptual Issues*).

[40] S. Vida, *Nudge e diritto*, in M. Galletti - S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., p. 306.

© Wolters Kluwer Italia

predefinite, dalle quali risulta estremamente difficile discostarsi. Una volta che gli individui si trovano *di default* in una condizione apparentemente ottimale, tendono infatti a rimanervi, e poco importa se il "contenuto del benessere" – che riguardi il consenso alla donazione di organi, l'adesione a un piano pensionistico o le "giuste" abitudini alimentari – sia stato fissato *ab externo* dai *policy maker*. Ciò significa che, pur essendo formalmente riconosciuta una dimensione libertaria, questa risulta quasi svuotata di senso: gli individui restano cognitivamente ed emotivamente intrappolati entro un contesto di scelta che altri hanno reputato funzionale alla realizzazione di determinati interessi. E questo per effetto della tendenza sistemica della generalità delle persone a procrastinare le decisioni, sino al punto di dimenticarsi di agire, poiché condizionate da pigrizia, miopia e resistenza verso il futuro, oltre che dallo *status quo bias*, per il quale vengono assunte come ottimali le condizioni presenti, mentre la variabile *opt-out* – ossia, la possibilità di uscita dallo stato di *default* – è raramente presa in considerazione.

Emblematiche, in tal senso, sono le realtà austriaca e tedesca, che in materia di donazione organi adottano regole di *default* antitetiche, con risultati percentuali altrettanto divergenti. In Austria, dove i cittadini sono considerati donatori per impostazione predefinita, dovendo compilare un apposito modulo per negare il consenso all'espianto (sistema *opt-out*), la soglia di persone disposte a donare i propri organi è vicina al 99%. In Germania, invece – nonostante la prossimità geografica e culturale – la percentuale non supera il 15% della popolazione, anche perché i cittadini favorevoli alla donazione devono dichiarare apertamente la loro volontà in tal senso una volta raggiunta la maggiore età (sistema *opt-in*) [41].

Quanto appena riportato basterebbe, per molti studiosi, a dimostrare come le regole di *default* abbiano un'intrinseca valenza coercitiva, capace di erodere la facoltà di autodeterminarsi rispetto ai fini da perseguire. Del resto, l'unica forma di autonomia concessa al decisore è quella di non assecondarle; eppure, egli è spesso inconsapevole di tale opportunità o, all'opposto, non la esercita, perché prigioniero di una strutturale *akrasía* (o debolezza di volontà) che gli impedisce di fare spazio mentale ad alternative reali [42]. Più chiaramente, se da un lato

[41] Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit., p. 139.

[42] Il riferimento è a quella particolarità della razionalità umana che si manifesta nella consapevolezza, insieme, delle proprie debolezze di fronte all'incalzare delle passioni più ardenti e della necessità di adottare tecniche e vincoli per cercare di arginarle,

© Wolters Kluwer Italia

le opzioni di *default* semplificano le decisioni, riducendo gli sforzi cognitivi e, talvolta, anche la regolazione dei rapporti giuridici, che finiscono per adeguarsi a quanto il legislatore ritiene desiderabile [43], dall'altro possono pregiudicare la volontà di agire, che tende progressivamente a indebolirsi sino a diventare evanescente. Laddove i cittadini non devono più preoccuparsi, ad esempio, di scegliere l'accantonamento di una parte del loro stipendio per la pensione (poiché vi provvede automaticamente il datore di lavoro) o, guardando alle applicazioni del *nudging* nel mondo digitale [44], di confrontare diverse soluzioni per una vacanza (perché lo fa per loro l'applicazione sullo *smartphone*), il rischio è che si sviluppi una forma di "analfabetismo di ritorno", intesa come incapacità di acquisire ed elaborare informazioni mediante procedure inferenziali, sino a potersi produrre una vera e propria "atrofia decisionale" generalizzata.

In alcuni casi, peraltro, gli stessi cittadini si comportano come Ulisse, che si fece legare all'albero maestro della nave per sfuggire al richiamo delle sirene: consci di non riuscire, pur volendo, a risparmiare denaro, a nutrirsi in modo sano, a praticare attività fisica, a smettere di fumare o, in generale, a informarsi con costanza, accettano di rinunciare a parte della propria sovranità aderendo a misure di *precommitment* (o preimpegno). Ne è un esempio il programma *Save More Tomorrow*, ideato da Thaler e Benartzi per il contesto statunitense, volto a favorire la creazione di fondi pensione facendo leva su alcune inclinazioni comportamentali degli individui, dimostratesi capaci di indurli spontaneamente ad accantonare parte del loro salario [45]. D'altronde, di-

---

soprattutto quando esse distolgono dal conseguimento degli obiettivi prefissati. Questo aspetto della razionalità è ben illustrato da J. Elster, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità* (1979), trad. it., Bologna, 2005.

[43] Si pensi, per esempio, a quanto dispone l'art. 1268, co. 1, c.c., che, nel dettare la regola del rapporto giuridico obbligatorio e della sua modificazione dal lato passivo, prevede, oltre alla regola di base (il debitore originario non è liberato), la possibilità di deviare da essa tramite un atto espresso del creditore (*opt-out*): "*se il debitore assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore, il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo*". Stesso discorso vale per il successivo art. 1269 c.c., che definisce il contesto entro cui i soggetti di diritto possono decidere se delegare il pagamento a un terzo, rimanendo comunque liberi di assoggettarsi alla regola predefinita o di adottarne una diversa, senza che da ciò derivino conseguenze sanzionatorie o premiali: "*se il debitore per eseguire il pagamento ha delegato un terzo, questi può obbligarsi verso il creditore, salvo che il debitore l'abbia vietato*".

[44] Mi sia consentito rinviare al mio *Digital Nudging* (voce), in A.C. Amato Mangiameli - G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, pp. 168-172.

[45] Il programma diviene operativo a partire da un momento successivo nel tempo;

© Wolters Kluwer Italia

versamente da quanto accade nel nostro Paese, per i lavoratori degli Stati Uniti non è previsto *ex lege* un sistema di accumulo pensionistico obbligatorio. Tuttavia, tali modalità possono risultare particolarmente efficaci quando il bene da vincolare proviene dall'esterno e presenta carattere monetario (uno stipendio, una vincita, un premio), mentre tendono a mostrare minore incidenza quando riguardano componenti psico-emotive governate (e alimentate) solo da noi stessi: l'amore, l'attenzione, l'autocontrollo o il rispetto. Ne è indicativa la tendenza, assai comune, a trascurare i genitori anziani, il partner o l'impegno nella solidarietà sociale. In queste circostanze, in assenza di una reale propensione interiore al cambiamento, può infatti venire meno la stessa volontà di ricorrere a stratagemmi di *precommitment* per modificare concretamente il proprio stile di vita.

C'è di più. A prescindere dalla loro forza d'azione sui deficit cognitivi, le opzioni predefinite tendono a essere seguite anche per ragioni legate alla pragmatica della comunicazione: vengono percepite come raccomandazioni implicite da parte dei *policy maker* e, quindi, come indicazioni da non disattendere [46]. Nello specifico, sono interpretate come una sorta di segnale proveniente dalle istituzioni pubbliche, tanto più forte quanto maggiore è l'incertezza dei cittadini su cosa scegliere. Quest'ultima – spesso dovuta a una conoscenza limitata dell'argomento o a uno scarso allenamento al ragionamento logico-deduttivo – accresce infatti la propensione a lasciarsi eterodirigere che, all'inverso, potrebbe essere contrastata intensificando le attività culturali, educative e formative, come sarà spiegato meglio nel paragrafo seguente. Sarebbe quest'ultima la strada da percorrere per garantire effettivamente la già richiamata "reversibilità".

---

se fosse stato attivato da subito, i lavoratori avrebbero con ogni probabilità rifiutato di aderirvi, percependo come immediatamente "persa" la parte di salario destinata al risparmio (*status quo bias*/*time discounting*). Dopo l'accettazione, i lavoratori vengono confermati automaticamente nel programma, pur mantenendo la facoltà di recedere; una possibilità, questa, raramente esercitata (*inerzia*). Gli importi mensili versati nel fondo pensione provengono unicamente dagli incrementi retributivi, così che le entrate restino costanti e non venga percepita una riduzione dello stipendio netto (*avversione alle perdite*). Nondimeno, a causa dell'inflazione, una perdita reale esiste, sebbene non venga avvertita, visto che si tende a considerare il solo valore nominale del salario (*illusione monetaria*) (cfr. R.H. THALER - S. BENARTZI, *Save More Tomorrow™: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, in *Journ. Pol. Econ*, S1/2004, pp. S164-S187).

[46] Cfr. C.R.M. MCKENZIE - M.J. LIERSCH - S.R. FINKELSTEIN, *Recommendations Implicit in Policy Defaults*, in *Psychol. Sci.*, 5/2006, pp. 414-420.

© Wolters Kluwer Italia

6. Verso un paternalismo educativo regolato dall'informazione

Come dimostra la sua gestione, continuamente controllata – per non dire travisata o manipolata – propria dei regimi totalitari, la possibilità di esprimere compiutamente la propria libertà di scelta, e dunque la libertà *tout court*, dipende dalla selezione, da parte dei regolatori pubblici, di quale (e quanta) informazione somministrare ai cittadini [47]. Si tratta di un passaggio cruciale che, dalla prospettiva dei *nudger*, può assecondare la pretesa – per certi versi paternalistica – di sfruttare i meccanismi di valutazione e decisione delle persone per orientarne i comportamenti sulla base dei contenuti informativi mostrati, sebbene con l'intento, come auspicano Thaler e Sunstein, di migliorarne il benessere [48].

Dal punto di vista degli individui, invece, l'informazione pubblica – in ambito ambientale, sanitario, giuridico, economico, finanziario, politico o culturale – può rappresentare una reale opportunità di potenziamento delle capacità decisorie, a condizione che sia resa in modo completo, accessibile e trasparente [49]. È necessario, in tal senso, eliminarne i possibili usi distorti fondati su messaggi subliminali o sulle cc.dd. implicature conversazionali [50]. Simili pratiche sono spesso tipi-

---

[47] Sul legame ancestrale tra informazione e potere, che spesso tenta di tutelarsi attraverso il contenimento della diffusione di notizie scomode, nonché sull'avvento dei *social network*, che hanno contribuito a ribaltare il tradizionale schema di controllo in favore di dinamiche *bottom-up*, v. G. Saraceni, *Informational Opulence, Digital Divide and Poverty*, in *Human. Rights Glob. Netw. Journ.*, 2/2022, pp. 179-198.

[48] D'altro canto, come osservano P.G. Hansen - A.M. Jespersen, *Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *Eur. Journ. Risk Regul.*, 1/2003, pp. 3-28, si pone un problema di manipolazione delle scelte, che tende a imporsi come la questione madre da cui originano tutte le altre.

[49] Sull'importanza dell'informazione come presupposto mediante il quale lo Stato garantisce all'individuo la possibilità di raggiungere i propri obiettivi, sostenendolo e stimolando i suoi processi di attenzione e la rappresentazione consapevole del mondo, in linea con la teoria del perfezionismo, v. C.R. Sunstein, *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge, 2016. Già in precedenza, J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1988, aveva posto al centro della propria filosofia politica il concetto di autonomia in prospettiva pluralista e perfezionista, distinguendo tra libertà negativa (l'eliminazione di pressioni, coercizioni e manipolazioni esterne che minacciano l'autodeterminazione dell'individuo) e libertà positiva (la disponibilità degli strumenti necessari a conseguire i fini prefissati, ampliando così le possibilità di vivere bene anche all'interno di società non pienamente liberali).

[50] Consistono in inferenze tratte dal modo in cui il parlante presenta un determinato contenuto nel contesto specifico di una conversazione, attraverso le quali far emergere ciò che resta implicitamente taciuto, a conferma del ruolo strutturale dell'in-

© Wolters Kluwer Italia

che delle iniziative di *public policy* volte a guadagnarsi la benevolenza dell'opinione collettiva grazie, per esempio, all'effetto *priming* (o di innesco), secondo cui l'elaborazione delle notizie ricevute in un primo momento influenza necessariamente la valutazione di quelle successive. Basti pensare al caso in cui vengano dapprima messi in risalto solo gli aspetti apparentemente positivi di una politica di governo, anche se marginali, mentre le rivelazioni sui costi e sui disagi per i cittadini – più considerevoli e profondi – risultano diluite in comunicazioni intermedie o accessorie. In altri termini, l'informazione – purché non scivoli verso la disinformazione o la falsificazione – può configurarsi come un importante veicolo di crescita e arricchimento individuale e collettivo [51]. Essere informati consente sia di compiere le scelte più opportune in un determinato momento (su un investimento, un partito, una scuola per i figli, ecc.), sia di perfezionare induttivamente le nostre teorie sul mondo e sulla sua evoluzione, rendendoci più abili nell'apprendere dai dati disponibili, nel discernere la verità dalla menzogna e, in generale, nel comprendere meglio accadimenti e fenomeni, partecipando così alla dialettica democratica in maniera più attiva, consapevole e paritaria [52].

In nome di questo processo maieutico di ricerca, valorizzazione e maturazione delle funzioni cognitive e dei valori morali – che inevitabilmente passa attraverso la condivisione di concetti e contenuti, quindi attraverso una forma, in senso lato, di indottrinamento epistemico – l'intervento "paternalistico-libertario", per essere effettivamente "dei mezzi" e restare refrattario a eventuali intenti manipolativi da parte dello Stato, è allora chiamato a operare su un duplice fronte. Da una parte, occorre educare al pensiero critico e alla valutazione logico-argomentativa, eventualmente supportata da strumenti statistici, per consentire ai cittadini di scegliere in modo agevole ma razionale, rendendo altresì più "amichevoli" quegli ambienti troppo opachi e complessi con l'introduzione di opportune *affordance* (o indizi) che forniscano implicitamente indicazioni sulle loro proprietà reali e/o potenziali [53]. Dal-

---

tenzionalità nel processo comunicativo. Sul punto, cfr. P. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione* (1989), trad. it., Bologna, 1993.

[51] Sul ruolo dell'accesso all'informazione quale condizione essenziale di libertà nel mondo postindustriale, purché essa non perda il proprio valore formativo una volta inserita nei medesimi circuiti della moneta, v. J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (1979), trad. it., Milano, 2002.

[52] Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Un nuovo bene: l'informazione*, in A.C. AMATO MANGIAMELI - M.N. CAMPAGNOLI, *Strategie digitali. #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020, pp. 37-38.

[53] Per un approfondimento del concetto di *affordance* – quale indizio che orienta

© Wolters Kluwer Italia

l'altra, è opportuno rafforzare le competenze personali e comunicative degli individui nei settori di maggiore impatto sociale mediante dispositivi di *nudging* appropriati (*disclosure*, avvisi grafici, promemoria, norma sociale descrittiva) [54]. In sostanza, si tratterebbe di fornire alle persone rinnovate conoscenze e risorse cognitive, in modo da permettere un utilizzo efficace di metodi analitici e probabilistici, sviluppare capacità di giudizio autonome e ragionate e, magari, arrivare a prendere decisioni informate e coerenti con il proprio benessere anche in condizioni di grande incertezza. In termini metaforici, si propone di dare a chi desidera "prendere molti pesci" una buona canna da pesca, anziché assisterlo passo passo durante la pesca stessa per scongiurare il rischio di scelte poco proficue.

6.1. *Alcune applicazioni*

All'interno dell'ampio – e per certi versi ambizioso – quadro poc'anzi delineato, che potremmo definire di "paternalismo educativo", determinati stratagemmi di *nudging* possono ritenersi senz'altro ammissibili, se non perfino desiderabili. Ciò, nella misura in cui garantiscono la disponibilità di informazione/conoscenza, quale mezzo di *empowerment* e imprescindibile garanzia di libertà, funzionale all'adozione di decisioni più idonee a conseguire i propri obiettivi e, in generale, a migliorare la qualità della propria vita quotidiana. Si pensi, per esempio, all'obbligo di *disclosure* (o trasparenza/esaustività) delle informazioni in capo a determinati soggetti nel contesto dei contratti a oggetto finanziario [55], di modo che la conclusione negoziale diventi il risultato di un processo consapevole e informato, allontanando il rischio di effetti perniciosi sia per il cliente, sia per il consulente. Il primo, infatti, potrebbe sentirsi moralmente in debito verso il secondo, fino al punto

---

l'uso di un oggetto grazie alla dimensione di corporeità implicita nell'interazione cognitiva con esso, per cui la manopola suggerisce di girarla, la fessura di inserirvi qualcosa, la palla di lanciarla – e, in particolare, per la distinzione tra *affordance* reali e percepite, si rinvia a D.A. Norman, *The Design of Everyday Things*, revised and expanded edition, Cambridge, 2013.

[54] Cfr. R. Hertwig - T. Grüne-Yanoff, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspect. Psychol. Sc.*, 6/2017, pp. 973-986.

[55] Diversamente da quanto proposto, per S. Vida, *Nudge e diritto*, cit., p. 373, tale obbligo costituisce un tipico caso di *contro-nudging*, poiché "*l'intervento pubblico non solo cerca di neutralizzare i pregiudizi del ragionamento che inducono le persone a fare scelte controproducenti, ma anche di contrastare gli interessi privati che li sfruttano, o, come si dice nel gergo caro ai sostenitori del* nudge*, di contrastare l'esistenza e gli effetti dei fallimenti comportamentali del mercato*".

© Wolters Kluwer Italia

di sacrificare il proprio interesse personale; quest'ultimo, d'altra parte, potrebbe essere tentato di nascondere il proprio tornaconto, esagerando la qualità dei prodotti proposti e minacciando così l'equità della trattativa [56].

Analogamente, e per gli stessi fini, si guardi anche alle campagne di comunicazione pubblica volte a neutralizzare il *bias* del presente, incoraggiando i cittadini a concentrarsi su un orizzonte più esteso – ad esempio, investendo in un piano pensionistico integrativo – oppure alle etichette nutrizionali che indicano la composizione degli alimenti, per evitare che un soggetto assuma cibi rischiosi per la patologia di cui soffre. Da questo punto di vista, appare particolarmente proficuo simulare gli effetti di medio e lungo termine delle proprie scelte in materia di benessere, immediato e soprattutto differito, allenando gli individui a proiettarsi nel futuro e a superare la naturale propensione a valorizzare solo l'immediato. Le decisioni in tema di stili alimentari, investimenti economici, attività lavorative o formazione professionale potrebbero infatti beneficiare di una maggiore consapevolezza, promossa da colloqui o questionari che, operando da *feedforward* (o strumenti di anticipazione), aiutino a immaginare la propria condizione successiva rispetto allo scopo prefissato, nonché a individuare gli aggiustamenti necessari in corso d'opera per non perderlo di vista. In modo siffatto, le persone riuscirebbero a sintonizzare i propri comportamenti con gli esiti attesi, prendendo in considerazione aspetti spesso trascurati per miopia o inerzia.

Di particolare interesse appaiono, inoltre, quegli avvisi grafici concepiti per neutralizzare gli errori di comprensione e di calcolo, senza più fare leva sulle paure o sulle emozioni dei destinatari attraverso immagini impressionanti o cruente – come quelle apposte in Europa sui pacchetti di sigarette – che finiscono per sminuire la dignità stessa delle persone, "infantilizzandole" [57]. I *warning* coerenti con l'imposta-

---

[56] Cfr. S. SAH - G. LOEWENSTEIN - D.M. CAIN, *The Burden of Disclosure: Increased Compliance with Distrusted Advice*, in *Journ. Pers. Soc. Psychol.*, 2/2013, pp. 289-304.

[57] Non è casuale che L. BOVENS, *Real Nudge*, in *Eur. Journ. Risk Regul.*, 1/2012, p. 44, paragoni il *nudging* al *nannying*, ossia a quell'atteggiamento da balia (o sorvegliante benevolo) che alcuni Governi assumono nei confronti dei propri cittadini. Entrambe le strategie, infatti, rischiano di produrre una forma di deprivazione morale degli individui: una volta venuta meno la "spinta gentile", questi potrebbero non essere più in grado di tenere autonomamente il comportamento auspicato, perdendo progressivamente il senso di responsabilità nella cura del proprio benessere e dei propri interessi. Sul tema dell'"infantilizzazione" e sugli ostacoli che essa può frapporre allo svi-

© Wolters Kluwer Italia

zione del "paternalismo educativo" dovrebbero invece essere progettati per rappresentare i dati (ad esempio, quelli sui decessi dovuti al fumo o sull'andamento del tabagismo) in maniera chiara e, possibilmente, in frequenze assolute. Queste ultime, del resto, consentono di cogliere le caratteristiche e l'evoluzione di certi fenomeni meglio delle più ambigue frequenze percentuali, accrescendo al contempo la percezione di credibilità delle informazioni.

Proprio i dati, come quelli relativi al comportamento di persone contigue nello spazio e nel tempo, possono altresì favorire il fenomeno della norma sociale descrittiva. Evidenziando quanti adottano una condotta benevola per sé e per gli altri, come pure quanti non la seguono, evitando di rendere saliente la sola percentuale di chi agisce come vorrebbe il *nudger*, si potrebbe facilitare il raggiungimento di importanti obiettivi a livello ambientale, sanitario, filantropico e culturale. L'effetto imitativo attivato dal Sistema 1 opererebbe anche in tal caso, diventando però più autentico e consapevole.

C'è di più. In associazione con il principio della reciprocità, la norma sociale potrebbe addirittura creare tra i membri di una comunità una fitta rete di scambi e relazioni, foriera di significativi processi di sviluppo. Un esempio emblematico è l'iniziativa giapponese del "*fureai kippu*" (o buono per la cura delle relazioni), che consente, su base assolutamente volontaria, di guadagnare crediti per ogni ora di servizio prestato a una persona anziana. Questi crediti possono poi essere riutilizzati per ricevere prestazioni dello stesso tipo, accumulati in vista della vecchiaia o essere ceduti a un parente bisognoso. Si tratta, dunque, di mere unità di credito, stimolate da ricompense future in assistenza – verso sé stessi o nei confronti di persone vicine – ma caratterizzate da una forte valenza solidaristica [58].

In linea con il nostro approccio vanno ancora valorizzate quelle peculiari "architetture delle scelte" che svolgono un efficace ruolo di campanello d'allarme rispetto a obblighi e scadenze, integrando al loro interno *reminder* (o promemoria) inviati tramite lettera, *e-mail* o messaggi, spesso accompagnati da incentivi economici o agevolazioni, che permettono alle persone di evitare multe o sanzioni. È tuttavia opportuno che tali *reminder* siano ricevuti al momento giusto – né troppo presto, né troppo a ridosso della scadenza – poiché, anche se informa-

luppo morale della persona, v. anche D.M. Hausman - B. Welch, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in *Journ. Polit. Philos.*, 1/2010, pp. 123-136.

[58] Per una ricostruzione delle diverse forme di solidarietà (giuridica, civile, familiare), si rinvia a A.C. Amato Mangiameli, *I diritti umani tra teorie e prassi*, cit., pp. 132-141.

© Wolters Kluwer Italia

tivamente corretti, rischierebbero altrimenti di produrre un effetto opposto: le persone tenderebbero a trascurarli, rimandando al richiamo successivo per infine dimenticarsene. La loro frequenza, pertanto, non dovrebbe mai superare una certa soglia di sopportazione, ancor più oggi, dal momento che le nuove tecnologie consentono di generare e trasmettere promemoria con grande rapidità e pressoché senza costi [59].

In questa linea si colloca la prassi adottata da diverse amministrazioni pubbliche locali per incoraggiare le persone ad aderire a *screening* gratuiti per la prevenzione e la diagnosi precoce di alcune patologie ricorrenti a partire da una certa soglia di età, contrastando la loro inerzia, e andando a beneficio della salute individuale e collettiva. Qui, il contesto decisionale entro cui gli assistiti sono chiamati a scegliere è definito dalla comunicazione inviata ciclicamente, con cui sono semplicemente invitati a presentarsi – nel luogo, giorno e orario prestabiliti – all'esame diagnostico previsto. Nulla, però, impedisce loro di comportarsi diversamente, decidendo di non presentarsi al test. La comunicazione, tutelando l'interesse pubblico alla salute e, al contempo, il diritto dei cittadini "a stare bene", senza ricorrere a indicazioni vincolanti, rappresenterebbe un legittimo esercizio della funzione amministrativa, non ledendo minimamente la libertà dei destinatari di autodeterminarsi come meglio credono, anzi rendendola realmente esercitabile, e non soltanto formalmente garantita [60].

6.2. *Una conclusione a metà tra promesse ideali e vincoli concreti*

Il *nudging*, nel senso riformulato – ossia, concepito per affrancare gli individui dalle loro tendenze irrazionali anziché capitalizzarle indebitamente – mira a fornire soltanto l'informazione necessaria alla corretta e non alterata formazione della volontà, senza suscitare risposte

---

[59] Come osserva C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., p. 70, "*se le persone vengono informate della stessa cosa ogni ora o anche ogni giorno (per esempio, dal loro partner, dal loro medico o da qualche ufficiale pubblico), potrebbero legittimamente avvertire che la loro dignità non è rispettata*". È sufficiente qui richiamare, con T. MALDONADO, *Critica della ragione informatica* (1997), Milano, 2006, pp. 88 ss., come la ridondanza delle informazioni, una volta superata una certa soglia, non consenta più di percepirle come figure contrapposte a uno sfondo, con la conseguenza che tutto si riduce a indistinto rumore di fondo.

[60] Cfr. A. ZITO, *La* nudge regulation *nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., pp. 15-17.

© Wolters Kluwer Italia

istintive o automatiche [61]. Non propone di sostituirsi agli individui nella loro facoltà di decidere, come potrebbe avvenire con le impostazioni di *default*, bensì di educare alla decisione consapevole [62]. Così facendo, offrirebbe un nuovo orizzonte di pensiero entro cui le persone possano riconoscere da sé stesse quando le circostanze reali divergono dallo scenario delineato dal pianificatore e, se del caso, prendere le distanze dal messaggio veicolato. Abituati a essere sistematicamente orientati, rischiamo infatti di perdere progressivamente l'attitudine a reagire con efficacia alle situazioni inaspettate che la realtà ha in serbo per noi.

Ripensato in questi termini, il *nudging* manterrebbe tutte le sue potenzialità, configurandosi come una teoria filosoficamente valida (poiché preserva il libero arbitrio), pragmaticamente solida (rispetto alla regolazione "*command and control*", consente di raggiungere più agevolmente risultati attesi o sperati), politicamente equilibrata (tra libertà personale e Stato sociale) e giuridicamente encomiabile: riafferma il diritto come caposaldo dei comportamenti giusti, senza appiattirlo alla sola giuridicità positiva e/o all'obbligatorietà normativa.

Eppure, per alcuni studiosi, il *nudging* non riuscirebbe nel mirabile intento di promuovere (e sviluppare) la razionalità e la conoscenza umane, garantendo l'acquisizione di un metodo percorribile per risolvere gran parte dei problemi e dilemmi di qualsiasi natura. In effetti, appare arduo spiegare come individui inizialmente privi della capacità di compiere scelte ponderate possano acquisirla successivamente grazie all'attitudine correttiva e formativa del "paternalismo educativo" [63].

---

[61] Al contrario, per alcuni studiosi, dovrebbero qualificarsi propriamente come *nudging* soltanto quegli strumenti comportamentali che "*are especially worrying when* [and because] *they rely on unconscious cognitive processes, or emotions, or both (the so called System 1)*" (R. Lepenies - M. Małecka, *The Institutional Consequences of Nudging: Nudges, Politics, and the Law*, in *Rev. Philos. Psychol.*, 3/2015, Special Issue on Nudges, p. 433). Dello stesso avviso è anche L. Bovens, *The Etichs of Nudge*, in T. Grüne-Yanoff - S.O. Hansson (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Berlin-New York, 2008, p. 209, per il quale: "*one defining characteristic of nudge, as opposed to social advertisement that does not qualify as nudge, could be that some pattern of irrationality is being exploited*".

[62] Cfr. C.R. Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 170 ss.

[63] Cfr. R. Rebonato, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, New York, 2012; Id., *A Critical Assessment of Libertarian Paternalism*, cit. Altri studiosi, invece, propendono per lo sviluppo di una razionalità ecologica, secondo cui le anomalie della cognizione umana possono rivelarsi vantaggiose in senso adattivo. L'essere umano, infatti, è molto più abile a risolvere problemi di quanto spesso venga rappresentato dall'economia comportamentale. Per rafforzarne l'autonomia decisionale, basterebbe insegnare l'uso appropriato di alcune semplici euristiche, con particolare attenzione al contesto di riferimento, soprattutto nelle situazioni in cui ri-

© Wolters Kluwer Italia

Il paradosso è che l'unico in grado di cogliere tale attitudine, e di dimostrare anche il carattere libertario del paternalismo, è una figura simile all'utopistico *homo œconomicus*: un soggetto dotato della statura intellettuale di Einstein, della dotazione mnemonica del supercomputer *Deep Blue* e della volontà indomita di Gandhi, come tale in grado di neutralizzare gli errori cognitivi, decidere consapevolmente rendendo i pungoli davvero "reversibili" e migliorare da sé il proprio stile di vita secondo la propria concezione di benessere. Peccato, però, che sia l'unico tipo di persona per cui il *nudging*, anche se dal pregevole carattere educativo, non rappresenti una risorsa realmente utile.

sulta pressoché impossibile conoscere tutte le alternative decisionali e le relative conseguenze. Sul punto, cfr. R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, pp. 158 ss.; in ambito internazionale, G. GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Rev. Philos. Psychol.*, 3/2015, pp. 361-383.

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Seconda

LEZIONI

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E *SMART CITY*. APPLICAZIONI PER POTENZIARE L'EFFICIENZA, LA SICUREZZA E LA SOSTENIBILITÀ * **

AGATA C. AMATO MANGIAMELI

SOMMARIO: 1. Tra modelli e *software* digitali. Dagli algoritmi avanzati ai *global digital twin*. – 2. Sistemi di monitoraggio in tempo reale, amplificatori delle capacità umane. – 3. *City brain* e *smart city*, qualche progetto-pilota. – 4. Brevi appunti conclusivi: dalla *smart city* al diritto alla città?

Abstract: The article explores the profound relationship between smart cities and technology, highlighting how Artificial Intelligence increasingly represents the beating heart of contemporary urban ecosystems. AI not only enables more efficient services in areas such as mobility, energy management, and waste collection, but also contributes to shaping more sustainable and environmentally conscious cities. Particularly significant is the convergence between IoT (Internet of Things) and AI, which gives rise to the paradigm of AIoT (Artificial Intelligence of Things): an interconnected dimension in which data continuously circulate in real time, augmenting human capabilities and redefining the relationship between individuals, infrastructures, and urban spaces. It is precisely within this technological framework that projects such as the "city brain" – already implemented in several cities worldwide – emerge. Yet the increasing technological mediation of urban life also raises a broader normative and political question: who truly benefits from the smart city, and under what conditions? From this perspective, the article reflects on the possible emergence of a renewed "Right to the City", arguing that genuinely intelligent urban environments cannot be built solely through algorithms and automation. Rather,

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

** Testo rielaborato dall'Autrice a seguito della lezione tenutasi il 27 novembre 2025.

© Wolters Kluwer Italia

they require new forms of civic empowerment, participation, transparency, and shared responsibility.

1. Tra modelli e *software* digitali. Dagli algoritmi avanzati ai *global digital twin*

Le tecnologie dell'Intelligenza artificiale e le città, con le loro articolazioni e le loro dimensioni, sono legate a doppio filo. Le prime incidono in molti modi e in maniera sempre più evidente sulla vita urbana, per lo più ridefinendola al fine di creare ambienti efficienti e innovativi. Le seconde – con il loro particolare portato: la città è diversa da ogni altro insediamento [1] a tal punto da prospettare un vero e proprio *diritto alla città* [2] – provano grazie alle nuove tecniche a migliorare i diversi ambiti e a renderli a misura del cittadino. Del resto, la probabilità di sapere come funzionano le cose e la possibilità di misurare tutto in dettaglio, verificando quanto è successo in altri contesti, sono senza alcun dubbio utili informazioni per comprendere le regole da formulare, le decisioni da assumere e, non ultimo, per superare quel *disastro urbano* che è in non poche occasioni evidente [3]. In altre parole: la de-

[1] È la sede principale della vita associata, non solo luogo fisico costituito da edifici e strade, non solo punto di raccordo di numerose funzioni, al contempo politiche, economiche, sociali, culturali, ma innanzitutto ideale mitico e luogo in cui ciascuno ha il suo *nomos*. Detto in breve, e già seguendo i classici Platone (*Repubblica* e *Leggi*) e Aristotele (*Politica* e *Metafisica*) la storia ha inizio con la città e la filosofia deve molto alla *polis.* Qui è particolarmente utile il rinvio a G. PASQUI, *I filosofi e il progetto per la città*, Milano, 2025) e a quanto ci propone della città quale punto di incontro transdisciplinare, tra culture del progetto e della pianificazione urbana e letture filosofiche contemporanee (tra le altre quelle di Bourdieu, Deleuze/Guattari, Dewey, Heidegger, Nancy, Sini).

[2] Un diritto questo che è diventato centrale tanto nella letteratura europea quanto soprattutto in quella latino-americana, a partire com'è ovvio dalle riflessioni di H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville,* Paris, 1968 (v. la ricostruzione storica di H. CORTI, *Introduzione. Le avventure del diritto alla città*, in V. COLCELLI - R. CIPPITANI - H. CORTI - P. VILLARRUEL (a cura di), *Diritti e città in cammino. Profili di comparazione tra Italia e Argentina. Il diritto alla città tra gemelli digitali urbani e diritti individuali,* Roma, 2025, pp. 5-37).

[3] Causato innanzitutto da quella sorta di omni-mercificazione che investe la città, come pure l'arte contemporanea, e trasforma entrambe (città e arte) in un supermercato senza confini, poiché tutto è diventato commerciabile e anche il senso del bello e del fare arte ha quali segni distintivi gli imperativi economici. V. sul tema l'analisi e il progetto della c.d. decrescita di S. LATOUCHE, *Il disastro urbano e la crisi dell'arte contemporanea,* Milano, 2025.

© Wolters Kluwer Italia

cisione maturata in seno ad una città di costruire ad esempio una nuova metropolitana, un nuovo quartiere, una nuova area verde, è tanto più motivata e compresa, quanto più si hanno abbastanza dati, li si controllano e li si condividono [4].

La profonda trasformazione a cui si assiste, peraltro così rilevante da poter parlare di rivoluzione, ha reso e rende l'IA il nuovo cuore pulsante delle città, poiché con essa è possibile (e comunque diventa più agevole) ottimizzare la gestione delle risorse, migliorare e sviluppare la mobilità, innalzare il livello di benessere e anche funzionalizzare la qualità della vita. Se così, è evidente che le *smart city* rappresentano le nuove realtà, avamposti per rispondere alle continue e complesse sfide del tempo presente, e certo non da ultimo per ovviare a quel consumo del suolo e della terra [5], che supera ogni tipo di confine e che oggi si mostra in tutta la sua urgenza. Anche sotto questo profilo, infatti, le *smart city* – dinamiche e interconnesse e, perciò, decisamente all'avanguardia – costituiscono (o possono costituire) una soluzione idonea a ridurre i consumi energetici e in tal modo a rispondere all'urgenza di ripensare la nostra maniera di abitare l'ambiente e il pianeta.

---

[4] "*Come in ogni cosa, bisogna capire* la natura della bestia*. Se parliamo di traffico, dobbiamo capire come si muovono le auto e come reagiscono a una buca nell'asfalto. In questo modo possiamo capire le regole di come gli automobilisti compiono le loro scelte e predire cosa succederà in altri contesti. Certo, in questo caso ci aiutano i dati dei navigatori che tutti abbiamo nei nostri smartphone. Un altro esempio è quello della salute: tutte le branche della medicina hanno raccolto dati su persone malate [...]. I big data ti permettono di comprendere che cosa è andato storto. Ancora oggi può succedere che scoppi una epidemia o che imperversi un signore della guerra e potresti non saperne nulla perché i media non ne parlano. Tutto questo sparirà: sarà possibile capire quando la gente comincia a combattere, a morire di fame, ad ammalarsi. Ovviamente, potrà ancora capitare quello che è accaduto in Ruanda a metà degli anni Novanta. Ma noi lo sapremo e potremo dire ai nostri governi: avete visto che succede? Cosa avete intenzione di fare al riguardo?*" (A. Pentland, *Ecco come i big data rendono la società migliore*, intervista del 18 marzo 2016, *wired.it*).

[5] Il consumo di suolo è dovuto innanzitutto all'incremento delle aree abitate (in particolare con insediamenti di tipo industriale e/o commerciale), alla crescita delle infrastrutture e al fenomeno connesso del c.d. *sprawl* urbano (città diffusa) che è di solito disaggregato e dispersivo. Il rapporto Ispra 2025 sui livelli di consumo del suolo registra il dato peggiore degli ultimi 12 anni, per di più a fronte di un Paese in significativo declino demografico. Com'è noto, il problema investe non solo i singoli Paesi, ma più in generale la Terra, il cui sfruttamento aumenta di anno in anno, poiché si consumano più risorse di quante ne possa mettere a disposizione il pianeta stesso. Di qui, l'*Earth overshoot day*, ovvero la data nella quale le risorse disponibili per l'anno in corso sono da ritenere del tutto esaurite. L'*Earth overshoot day* del 2025 è stato il 24 luglio: simile dato (e data), come si può agevolmente intuire, mostra tutta la sua problematicità e quantomeno fa intravedere possibili rischi per la Terra, i popoli, le persone.

© Wolters Kluwer Italia

Del resto, una *smart city* è esattamente quel particolare tipo di città che utilizza quelle infrastrutture digitali e quei sistemi interconnessi, progettati tanto per offrire servizi più efficienti, quanto per ridurre l'impatto ambientale. Di qui, il ruolo centrale dell'IA: grazie all'uso di algoritmi avanzati, l'IA raccoglie, elabora e interpreta enormi quantità di informazioni che provengono da fonti diverse (sensori, dispositivi IoT, ecc.). E con questa raccolta di *big data*, le decisioni sul da farsi nei settori più vari e cruciali della città (trasporti, sicurezza, sanità, ecc.) conquistano rapidità ed acquisiscono maggiore efficacia.

Tra le tante innovazioni in uso nelle *smart city* va evidenziata quella particolare metodologia, c.d. BIM (*Building Informative Modelling*), in grado di creare dei modelli digitali che oltre a descrivere geometricamente un edificio e una infrastruttura, gestiscono l'intero ciclo di vita di un'opera per il tramite delle molteplici informazioni raccolte. Si pensi, ad esempio, al *global digital twin software*: un *software* che è capace di produrre, in tempo reale e fedelmente, dei gemelli digitali corrispondenti per funzionalità e per dinamiche alla struttura fisica di riferimento. Questi gemelli digitali – che si rivelano fondamentali per monitorare, analizzare e migliorare i diversi aspetti del ciclo di vita di una struttura fisica – servono a realizzare e a incrementare il più possibile sia l'efficienza operativa e sia la sostenibilità della struttura considerata.

Accanto a questi nuovi strumenti, sono da segnalare molte altre applicazioni utilizzate nelle *smart city* in determinati settori. Si pensi all'IA impiegata nell'ambito dell'architettura e dell'ingegneria: tramite il già citato BIM è possibile creare modelli digitali tridimensionali e in combinato con sensori intelligenti e con tecnologie IoT si ottengono quelle repliche virtuali che offrono una visione completa e dinamica di edifici e di infrastrutture urbane. I *digital twin* [6] permettono al con-

[6] Tra questi, va senz'altro segnalato il progetto *Urban Intelligence* del Consiglio Nazionale delle Ricerche, il cui obiettivo principale è quello di un modello e una strategia di intelligenza urbana rivolto a tutte le realtà del nostro Paese, tale da ricomprendere tanto le grandi Città quanto i piccoli Comuni. Il modello proposto vede nella transizione digitale l'effettivo momento di crescita dell'intelligenza collettiva nelle comunità, grazie al quale rafforzare i diversi processi di *governance* e con essi le strategie di inclusione. A tal fine, *Urban Intelligence* si caratterizza per una architettura di tipo modulare, capace di analizzare la città nei suoi diversi sottosistemi e ai quali corrisponde un Gemello Digitale Tematico che utilizza per i diversi ambiti (aria, acqua, verde, ecc.) e con approccio scientifico modelli numerici, fonti di dati specifici, tecniche di funzionalità. I diversi sottosistemi sono così messi in correlazione tra loro, tramite opportune e necessarie *Application Programming Interface* e con l'obiettivo di studiare la città quale sistema complesso, proprio a partire dalle diverse esigenze delle realtà urbane

© Wolters Kluwer Italia

tempo di analizzare dati storici, di prevedere scenari futuri e di ottimizzare il ciclo di vita degli elementi urbani, simulando l'impatto di eventi straordinari come sovraccarichi infrastrutturali e persino emergenze climatiche. Più in particolare, nelle città intelligenti le applicazioni dell'IA riguardano innanzitutto la mobilità e rendono possibile un'analisi in tempo reale dei flussi di traffico (sia dei veicoli, sia dei pedoni), così che gli algoritmi di *machine learning* possano prevedere i momenti di picco negli afflussi e attivare strategie preventive, anche con l'ausilio di semafori intelligenti e di sistemi di allerta per le emergenze. Tra monitoraggio delle condizioni stradali (con sensori e telecamere), gestione dei parcheggi, pianificazione della mobilità urbana e non ultima educazione e sensibilizzazione degli utenti, è possibile introdurre soluzioni all'avanguardia capaci di rispondere alle sfide legate al traffico delle nostre metropoli.

Le tecnologie di IA sono utili, inoltre, per migliorare il sistema di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio dei rifiuti. Con i nuovi sistemi, le amministrazioni urbane, oltre a ridurre notevolmente i costi di gestione dei materiali di scarto, sono in grado di pianificare in modo dinamico i percorsi di raccolta, di monitorare la qualità dei rifiuti (identificando sia i materiali riciclabili e sia i rifiuti pericolosi), di ottimizzare le condizioni ambientali, riducendo le emissioni di gas serra e trasformando i rifiuti organici in risorse utili per l'agricoltura e per le energie rinnovabili.

Nelle *smart city* efficienza energetica e gestione intelligente delle reti elettriche (*smart grid*) rivestono un ruolo chiave. Di qui, l'importanza dei sistemi alimentati da IA per monitorare in tempo reale e per ottimizzare i consumi, come pure per gestire in modo efficiente l'energia proveniente da fonti rinnovabili (solari ed eoliche) che sono variabili e difficili da prevedere. A ciò si aggiunga che tramite l'analisi predittiva delle reti si possono rilevare anomalie e prevedere possibili malfunzionamenti, consentendo interventi di manutenzione prima ancora che si verifichino guasti gravi, così da ridurre gli stessi costi di intervento e di riparazione.

Si noti, inoltre, come in questi settori (mobilità, energia) e in altri, l'IA possa assolvere un ruolo fondamentale nell'ottica della sensibiliz-

---

italiane (ad esempio, quei progetti che vedono città quali, Matera, Catania, Genova, ecc., come luoghi di sperimentazione pilota) e indipendentemente dal livello di *smartness readiness* raggiunto (per ulteriori considerazioni v. i diversi contributi presenti in V. COLCELLI - R. CIPPITANI - H. CORTI - P. VILLARRUEL (a cura di), *Diritti e città in cammino. Profili di comparazione tra Italia e Argentina. Il diritto alla città tra gemelli digitali urbani e diritti individuali,* cit.).

© Wolters Kluwer Italia

zazione dei cittadini verso quei temi che costituiscono l'anima di una reale *smart city* e per educarli a conquistare (o a ri-conquistare) quello spirito cittadino, necessario sia per incentivare una continua e proficua collaborazione (orizzontale e verticale) e sia per realizzare concretamente gli obiettivi della città intelligente. I processi educativi e formativi, proprio grazie alle nuove tecnologie, possono essere ripensati proponendo anche delle forme di gestione organizzativa dell'ambiente urbano di apprendimento digitalmente integrato ed equo. Nelle città le classi aperte in Rete possono rappresentare un importante *hub* educativo di connessione, come pure un significativo spazio di presenza diffusa, in grado di raggiungere chi ha più difficoltà di accesso alle opportunità educative, come pure a far comprendere e ad approfondire tutte quelle particolari tematiche che rendono una città *smart* [7].

Se poi si considera il passaggio che si è avuto dall'IA tradizionale a quella generativa – capace di creare nuovi contenuti (immagini, modelli, testi, video) grazie all'uso delle reti neurali avanzate (si pensi ai modelli di apprendimento profondo, di *deep learning*) – non può non essere evidente il ruolo che una simile tecnologia possa assumere nel contesto delle *smart city* e in modo particolare nelle more della pianificazione urbana e della progettazione architettonica. Basti pensare che gli algoritmi generativi possono analizzare simultaneamente grandi quantità di dati eterogenei (ad esempio: topografici, demografici, climatici) e possono generare simulazioni di quartieri energeticamente efficienti e accessibili. L'IA generativa riveste, inoltre, un ruolo importante nei progetti di costruzione degli edifici (dalla gestione del cantiere alla logistica fino alla allocazione delle risorse), nella gestione delle risorse (aiutando a bilanciare domanda e offerta e a armonizzare gli sprechi), nella progettazione di sistemi di trasporto intelligenti, di spazi pubblici inclusivi, come pure di personalizzazione dei servizi pubblici (i *chatbot* di IA supportano compiti come la richiesta di documenti, la gestione delle bollette, la comunicazione tra amministrazione e cittadi-

[7] E in quanto città *smart* – secondo l'immagine di William J. Mitchell del programma *Smart cities* presso il *Media Lab del Massachusetts Institute of Technology* – è come l'organismo umano nel suo stadio completamente formato e in cui le tecnologie dell'informazione e della comunicazione corrispondono al sistema nervoso. Nella *smart city*, come del resto nell'organismo umano, tutti gli elementi sono tra loro connessi e interagiscono, così da rendere le prestazioni dell'organismo stesso il più possibile stabili e da risolvere pressoché in tempo reale gli eventuali problemi (v. in particolare dell'Autore: *City of Bits: Space, Place, and the Infobahn*, Boston, 1996; *e-topia: "Urban Life, Jim-But Not As We Know It"*, Boston, 2000; *Me++: The Cyborg Self and the Networked City*, Boston, 2003).

© Wolters Kluwer Italia

ni, ecc.), di valorizzazione culturale e turistica (*tour* virtuali, guide e itinerari personalizzati, ecc.), di creazione di contenuti per la sensibilizzazione pubblica (ad esempio, *chatbot* in grado di rispondere ai cittadini e inviare notifiche per promuovere buone pratiche).

I vantaggi delle nuove tecnologie sono ben evidenti: si ottimizzano le risorse e si riducono i costi, si migliora la mobilità urbana, d'altra parte, sostenibilità ambientale, sicurezza e gestione delle emergenze, diventano reali e l'esperienza cittadina diventa significativa. Altrettanto evidenti sono però anche le sfide che l'IA pone rispetto alla tutela della *privacy* e alla protezione dei dati, all'accessibilità e all'inclusione (basti considerare il rischio che appartenenti a gruppi vulnerabili e a bassa alfabetizzazione digitale possano essere esclusi dagli stessi servizi offerti), come pure rispetto all'affidabilità e alla sicurezza dei sistemi di IA (visto che spesso la priorità data al *time-to-market*, e quindi l'esigenza della velocità, può condurre a compromessi sull'incolumità e a una *governance* inadeguata).

2. Sistemi di monitoraggio in tempo reale, amplificatori delle capacità umane

Gli ambiti di applicazione delle città intelligenti, secondo uno studio viennese [8], sono: quello dell'economia e della competitività (*smart economy*), dei trasporti (*smart mobility*), delle risorse naturali (*smart environment*), del capitale sociale e umano (*smart people*), dello *standard* di vita e di qualità (*smart living*), della gestione e la partecipazione (*smart governance*). Ed infatti: il primo parametro è quello dell'economia e riguarda la città che ha sviluppato una industria *smart*, in particolare in quell'ambito che sono le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT); il secondo parametro attiene alla mobilità e si occupa dei nuovi sistemi di trasporto intelligenti, così da migliorare il traffico urbano, mentre il terzo riguarda l'ambiente e studia la gestione delle risorse per una più idonea protezione ambientale contro l'inquinamento; i parametri del c.d. *smart people* e del c.d. *smart living* indagano il livello di istruzione dei cittadini, le loro competenze, le loro opportunità di crescita e la loro qualità di vita; da ultimo, a fondamento di una città intelligente, è necessario dar conto del rapporto tra i rappresentanti e i rappresentati, una buona *governance* inoltre è anche

[8] R. Giffinger - H. Kramar - G. Haindlmaier - F. Strohmayer, *European smart cities. http://www.smart-cities.eu/?cid=2&ver=3 11.11.2018*.

© Wolters Kluwer Italia

quella che usa nuovi metodi di comunicazione, così da semplificare il rapporto amministrazione-cittadini.

È proprio a partire da tali aree e da questi ambiti che è diventato possibile confrontare e classificare le città [9], al fine di offrire alle autorità l'opportunità di valutare le proprie attività e di mostrare quelle azioni che dovrebbero essere implementate, così da realizzare una *smart city* in senso proprio. Del resto, monitorare una città per i suoi punti di forza, come pure per i suoi punti di debolezza, per le sue opportunità e allo stesso modo per i rischi presenti e futuri, è importante non solo per le autorità che in questo modo possono gestire al meglio la città, ma anche per i residenti e per i possibili investitori.

Si consideri, ad esempio, la mobilità intelligente: con essa aumenta la sicurezza e l'efficienza, è ridotta la congestione del traffico, si mi-

---

[9] Come si legge in *European smart cities* – Un nuovo strumento scientifico per la valutazione delle città europee di media grandezza (conferenza stampa del 10 ottobre 2007, Expo Real, Monaco di Baviera): "*Il ranking è stato strutturato su tre livelli: per le sei proprietà, ossia le sei caratteristiche quali* economy, people, governance, mobility, environment, living – *il* team *di ricercatori ha definito 31 fattori che a loro volta vengono determinati mediante 74 indicatori. 'Per la caratteristica «*smart economy*», ad esempio, il fattore «*innovative spirit*» gioca un ruolo importante, il quale, a sua volta, viene determinato dai seguenti tre indicatori: «investimenti per la ricerca e lo sviluppo», «tasso di occupazione nei settori con forte impegno cognitivo» e «numero relativo di depositi per la domanda di brevetto»', spiega Meijers. 'Così ad ogni città viene attribuito un grande numero di fattori, tra loro paragonabili, che possono essere ripartiti sulle singole caratteristiche, determinando così la posizione relativa nel ranking'. Per quanto riguarda la classifica generale, dopo Lussemburgo che ha ottenuto il primo posto, nel gruppo vincente si potrebbero posizionare le città danesi e finlandesi, seguite da Eindhoven (NL), Linz e Salisburgo (A). Le prime cinque città sono: Lussemburgo, Aarhus (Danimarca), Turku (Finlandia), Aalburg e Odense (Danimarca). Gli ultimi posti invece sono coperti innanzitutto dalle città dei nuovi stati membri delle Comunità Europee. Nella valutazione secondo le singole caratteristiche* smart*, a volte le posizioni sono decisamente diverse dalla valutazione complessiva. Così, ad esempio, Maastricht (nella valutazione globale al 18° posto) ottiene il primo posto per la qualità* smart mobility*, mentre Tampere (valutazione globale 6° posto) vince per la caratteristica* smart government *e Montpellier (valutazione globale 11° posto), diventa la numero uno in materia* smart environment*. 'Se si fosse fatto un ranking vent'anni fa, si sarebbe tenuto conto soltanto degli aspetti economici. Decisiva per la qualità del nostro ranking è la scelta dei fattori che non rispecchiano soltanto una visione dal punto di vista economico, bensì fattori come* governance*, partecipazione, cultura e qualità della vita', così le parole di Meijers che, sull'esempio di Göttingen e Graz, illustra il declassamento graduale fino all'ultimo posto in qualifica. 'Göttingen ottiene un buon punteggio soprattutto per il fattore «ambiente innovativo», in materia di* smart economy*, mentre dimostra lacune relativamente al fattore flessibilità e cosmopolitismo, in materia di* smart people*. Graz invece ottiene molti punti per il fattore cultura e società, in materia di* smart living*, ma ha molto da recuperare relativamente al fattore qualità dell'aria, in materia di* smart environment*'*".

© Wolters Kluwer Italia

gliora l'inquinamento atmosferico e acustico e, al contempo, vengono ridotti i costi. E l'IA, da questo punto di vista, si rivela un potente strumento per promuovere una transizione sostenibile verso sistemi di mobilità accettabili e incentrati sull'uomo. L'IA applicata al traffico urbano può basarsi su infrastrutture già esistenti (ad esempio, rilevamento del controllo del traffico, dati video, ecc.), nonché sui dati della flotta di veicoli e, più in generale, sui dati pubblici e privati. Qui il settore pubblico ha un ruolo essenziale nel garantire che l'IA sia inclusiva e sicura, fondata su informazioni affidabili, imparziali ed equamente condivise, preservando comunque la *privacy* dei cittadini e, più in generale, delle persone.

Le soluzioni di mobilità intelligente sono molteplici e di solito si servono di una struttura reticolare. In ogni caso, si può parlare di mobilità intelligente a condizione che non ci si limiti ai comportamenti individuali, giacché la declinazione propriamente *smart* dipende da un insieme di iniziative multiformi e complesse che rinvia sia ai diversi livelli di utilizzo delle ICT e sia alle possibili diverse fasi della *smart mobility* stessa [10]. Di qui, tutta una serie di strumenti e di applicazioni che oggi è offerta dalle più disparate aziende nel mondo e che è senz'altro in grado di supportare e di migliorare la mobilità, potenziandone i processi decisionali e l'efficienza.

Degne di nota sono a tal proposito quelle aziende che offrono auto elettriche *self-service* e che mettono a disposizione degli utenti una *app* che permette di prenotare l'auto, il noleggio, inoltre, è spesso combinato con un uso condiviso e un altro elemento degno di nota è costituito dal fatto che all'utente è comunicata la quantità di anidride carbonica risparmiata, il che aumenta considerevolmente la consapevolezza delle implicazioni che le scelte quotidiane possono avere sulle questioni ambientali. Clem, ad esempio, è una azienda francese che opera in più di 200 città (in Francia, negli Stati Uniti e in Cina) e che offre proprio questo genere di servizio. Un'altra importante applicazione è il *car pooling*, programma rivolto soprattutto ai pendolari e utilizzato dall'azienda Klaxit. Inoltre, *Mobility as service* (MaaS) offre diverse

[10] Dalla fase iniziale: caratterizzata da una quantità ridotta di attività spesso non coordinate e che coprono solo una piccola porzione dell'area urbana, alla fase intermedia: contrassegnata da una serie di attività di più ampio respiro, come pure da progetti pilota e da misurazione dei risultati, alla fase matura: contraddistinta dalla effettiva implementazione e integrazione di sistemi e di soluzioni di *smart mobility* (cfr.: C. Benevolo - R. Dameri - B. D'Auria, *Smart mobility in Smart City. Action taxonomy, ICT intensity and Public Benefits*, in T. Torre - A. Braccini - R. Spinelli (eds.), *Empowering Organizations: Enabling Platforms and Artefacts*, Cham, 2016, pp. 13-28).

© Wolters Kluwer Italia

opzioni per la mobilità, in particolare consente agli utenti dei servizi di *ride-sharing* di spartire auto autonome su un percorso ottimizzato in modo molto più economico e sicuro, favorendo così anche una migliore esperienza sociale tra persone che condividono le stesse idee.

Sotto questo profilo, un ruolo significativo tra i progetti di attuazione e di riconversione nel segno della *smart city* è svolto dal piano di Dubai, che si ispira all'idea di una comunità urbana basata sulla comunicazione, sull'integrazione e sulla collaborazione, e che ha sviluppato diversi sistemi di mobilità intelligenti (relativi alla guida, al pedaggio, al parcheggio, ecc.). Innanzitutto, con la metropolitana senza conducente più lunga del mondo e con la strategia di trasporto autonomo [11], Dubai ha dimostrato di essere una città all'altezza degli sforzi e degli obiettivi che si propone. Già con il piano della felicità integrato nelle politiche, nei servizi e nelle strategie dei diversi enti municipali, e con il sostegno alle infrastrutture di assistenza legale e alle piattaforme di condivisione e gestione delle informazioni, prova a costruire modelli economici e sociali a lungo temine e ad aumentare efficienza e competitività. Dubai è da segnalare pure per essere stata in grado di trasformare il deserto – in senso proprio – in una città del tutto speciale.

Più in generale, gli esempi di applicazioni e di città intelligente qui da ultimo proposti ci parlano a loro modo dell'IA quale strumento fondamentale. Nella *smart city* i vantaggi di un impiego diffuso dell'IA sono evidenti. Grazie all'uso di algoritmi estremamente avanzati, all'implementazione di un'infrastruttura IT, al migliorano della manutenzione predittiva e della gestione degli incidenti, non soltanto si affinano le soglie d'allarme, ma le informazioni sono immediatamente recuperabili, le attività di *routine* vengono automatizzate, si sviluppa un approccio proattivo rispetto alla sicurezza, si ottimizzano i costi riducendo la necessità di interventi manuali e minimizzando i tempi di inattività, si assiste ad un miglioramento generale dell'esperienza dell'uten-

[11] Con tre obiettivi principali: "*in primo luogo, ridurre i costi di trasporto del 44%, che si traduce in un risparmio annuo fino a 245 milioni di dollari. In secondo luogo, una riduzione del 12% dell'inquinamento si traduce in un risparmio annuo di 408 milioni di dollari. Infine, l'aumento della crescita economica e dell'efficienza dei trasporti genera ritorni economici pari a 9 miliardi di dollari all'anno. Inoltre, la strategia di trasporto autonomo di Dubai ha altri obiettivi meno finanziari, come la riduzione delle perdite per incidenti stradali del 12%, che si traduce in un risparmio fino a 544 milioni di dollari. Infine, la produttività delle persone aumenta del 13%, il che significa che vengono risparmiate 396 milioni di ore di trasporto*" (riprendo queste considerazioni da C. MINGO, *IA e smart cities: potenzialità, rischi e protezione dei dati*, in *filodiritto.com*).

© Wolters Kluwer Italia

te. Ciò è possibile poiché l'IA apprende rapidamente, garantisce una copertura completa e, allo stesso tempo, assicura degli approfondimenti continuamente aggiornati.

È intuitivo che l'uso diffuso delle nuove tecnologie, in particolare il combinarsi dell'IA e dell'IoT (ovvero l'*Artificial Intelligence of Things*: AIoT), rappresenti un significativo passo in avanti, in quanto consente di avere visioni e informazioni, non solo costanti e in tempo reale, ma soprattutto più dettagliate e accurate, così da trasformarsi, in senso proprio, in una sorta di estensione dell'intelligenza umana. Da questo punto di vista, l'AIoT amplifica il potenziale umano e la sua stessa capacità di comprendere e di interagire con i sistemi complessi. Si badi, però, potenzia, ma non sostituisce: è il caso di AIoT per analizzare e gestire i modelli di traffico, è il caso di AIoT che tiene traccia dei cambiamenti delle condizioni ambientali, è il caso di AIoT che nel settore sanitario ridisegna l'assistenza ai pazienti grazie ai sistemi di monitoraggio avanzati, è il caso di AIoT che nelle abitazioni apprende dalle abitudini e dalle preferenze degli utenti. Potenzia, ma non sostituisce, poiché quanto appartiene all'umano, è il caso della creatività, dell'empatia, del giudizio etico, dell'immaginazione, della responsabilità morale, resta comunque insostituibile e decisamente unico. Grazie comunque alle varie applicazioni, in particolare per il tramite degli algoritmi di *deep learning*, si assiste ad un avanzamento senza precedenti nella capacità di risolvere i problemi e al contempo ad un superamento di quelle tradizionali limitazioni fisiche che in molti ambiti e nelle diverse attività quotidiane costituivano e costituiscono delle vere e proprie barriere. L'*Artificial Intelligence of Things* è estensione dell'intelligenza umana e, se non è propriamente *Human Intelligence* – visto che è contraddistinta da processi di automazione e pure in presenza di forme di autoapprendimento è caratterizzata da mancanza di autonomia – è certo che l'IA è il risultato di una grande storia, quella delle macchine pensanti [12], una storia che ha visto la costruzione-produzione di dispositivi sempre più raffinati e che ha avuto quale unico protagonista l'uomo con le sue molteplici conoscenze. Già questo giustificherebbe la locuzione *Human(-Artificial) Intelligence* (HAI), poiché anche per ciò che è meccanico e automatico il possibile comportamento intelligente [13] è in ogni caso un prodotto (diretto o indiretto, immediato o

[12] Ulteriori considerazioni nell'*excursus: Quell'immensa riorganizzazione della cultura*, nel mio *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, Torino, 2014, pp. 136 ss.

[13] Nel saggio *Computing machinery and intelligence* (*Mind*, 59, 1950, pp. 433-

© Wolters Kluwer Italia

riflesso) dell'umano e, d'altra parte, pure gli "stocastici pappagalli" (*Chat-Gpt, Gemini, Claude*, ecc.) sono, quantomeno in prima battuta, dei raccoglitori dell'intelligenza e dell'ignoranza umane, solo in via successiva – e pur sempre grazie all'intelligenza umana – risolvono problemi inediti: "*There is no guarantee that human intelligence is not itself a sophisticated version of a stochastic parrot. All intelligence, human or artificial, must extract structure from correlation data; the question is how deep the extraction goes*" [14].

3. *City brain* e *smart city*, qualche progetto-pilota

City brain è il cervello cittadino, ovvero una piattaforma su larga scala, in grado di gestire in modo autonomo i dati e le informazioni generate dentro l'ecosistema urbano. Un tale cervello, una volta raccolti enormi quantità di dati dalle diverse fonti ed elaborati attraverso i suoi algoritmi che indentificano *pattern* e tendenze, reimmette le informazioni nei sistemi della città e propone talvolta delle possibili e talaltra le migliori soluzioni. La sua infrastruttura è alquanto articolata: una sorta di *suite* centrale (costituita da strutture periferiche, da sistemi operativi e da applicazioni di IA) restituisce le informazioni e le conoscenze fornite dai centri di *big data* e dai centri di calcolo ad alte prestazioni, tutti collegati a piattaforme, a spazi e a edifici della città, e, nell'ipotesi di *suite* avanzate, ai sistemi di IA periferici indossati da agenti che vivono nella città. È in senso proprio il cervello cittadino, una nuova e autonoma infrastruttura urbana, insieme umana e artificia-

460), Turing si chiede se sia possibile per ciò che è meccanico manifestare un comportamento intelligente. La risposta è nota: la macchina universale, equivalente logico di una macchina a stati finiti, è equiparabile al cervello e può dunque essere programmata in modo da imitare il funzionamento cerebrale. Ciò che infatti è rilevante, sia del cervello che della macchina universale, è soltanto lo schema logico degli stati discreti, lettura e scrittura. Non è invece rilevante la chimica o la fisica, poiché qualsiasi cosa faccia un cervello, esso lo fa in virtù della sua struttura in quanto sistema logico e non già perché posto nella testa di una persona o perché tessuto spugnoso costituito da un tipo particolare di formazione biologica cellulare. E se questo è vero, se cioè la descrizione dei processi mentali è indipendente dal corpo: "*ci proponiamo [...] di vedere cosa possa essere fatto con un «cervello» che sia, più o meno, senza un corpo, provvisto al massimo di organi di vista, parola e udito*", allora la struttura logica del cervello può essere rappresentata altrettanto bene in qualche altro elemento, incorporata in qualche altra macchina fisica (*Intelligenza meccanica*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 1994, pp. 88 ss.).

[14] Così E.K. CHEN - M. BELKIN - L. BERGEN - D. DANKS, *Does AI already have human-level intelligence? The evidence is clear*, vol. 650, 5 febbraio 2026, in part. pp. 38-39.

© Wolters Kluwer Italia

le, pubblica e privata, che usa innanzitutto l'IA per sostenere e agevolare ogni altra infrastruttura, sia materiale che immateriale.

In particolare, si tratta di un progetto usato per la prima volta nel 2016 a Hangzhou, una città cinese di circa undici milioni di abitanti, così da tentare di risolvere – grazie alla piattaforma di *cloud computing* di Alibaba – uno dei problemi principali della città che è da sempre quello del traffico. Attraverso il monitoraggio del traffico, l'uso di migliaia di telecamere, il controllo di centinaia e centinaia di incroci, *city brain* ha fatto sì che nel giro di un solo anno la velocità di percorrenza delle strade sia aumentata in modo significativo, i tempi di risposta nei casi di emergenza si siano decisamente ridotti e i parcheggi (legali e illegali) siano costantemente monitorati. Come è intuitivo, tali risultati hanno indotto tante altre città all'uso dello stesso sistema complesso di IA, al contempo Alibaba è diventata uno dei *leader* nel settore delle tecnologie per *smart city* e la sua presenza nel mercato globale, oltre a crescere in modo esponenziale, ha attirato l'attenzione da parte di numerosi governi nel mondo e di altrettante numerose aziende. Di qui, il ruolo sempre più importante che le *Big Tech* rivestono per questa infrastruttura: non solo Alibaba, ma anche *GAMAM-Google, Apple, Meta, Amazon, Microsoft, BATH-Baidu, Tencent, Huawei*, e così via.

È necessario ribadire che per dar vita a un cervello cittadino idoneo a gestire la vita quotidiana urbana, con le sue tante esigenze ed emergenze, si devono sfruttare tutte le differenti tecnologie che lo sviluppo odierno mette a disposizione e che via via mette a sistema e usa in modo integrato. Tra algoritmi di *machine learning* e *deep learning*, tra vari sensori e dispositivi, tra IoT, 5G e *Big Data*, il nucleo centrale di un cervello cittadino – e contemporaneamente il suo stesso cuore pulsante – è diventata senza alcun dubbio l'IA, specie se si sottolinea il già ricordato passaggio dall'IA tradizionale a quella generativa. IoT, ad esempio, consente di raccogliere dati in tempo reale, tramite sensori e dispositivi connessi, distribuiti in modo capillare in città, monitorando anche grandi aree urbane. Inoltre, i sensori possono essere inclusi in oggetti come telecamere di sorveglianza, semafori, dispositivi per l'illuminazione, e in questo modo viene costruita la base per la raccolta delle informazioni necessarie ai sistemi di IA.

Perché il *city brain* funzioni, bisogna che l'infrastruttura sia adeguata e la connettività sia il più possibile performante. D'altra parte, una rete poco veloce e al contempo instabile può compromettere l'efficacia stessa di un sistema fondato sull'incessante scambio di milioni e milioni di dati, che richiede anzi d'essere reso sempre più accessibile, più semplice da sviluppare e in ogni caso in grado di estrapolare dai *big data* ciò che è rilevante e necessario. E una volta acquisite acces-

© Wolters Kluwer Italia

sibilità, celerità e simultaneità, con l'enorme mole di dati raccolti in tempo reale, il cervello digitale può gestire in modo significativo la città, individuando possibili minacce alla sicurezza e prevenendo situazioni al di fuori dell'ordinario, e può favorire nuove forme di *governance* (anticipatorie e predittive), grazie a decisioni *data-driven* per progettazioni e pianificazioni urbane più efficaci e meglio rispondenti alle necessità rilevate. Sotto questo profilo, il *city brain* (e l'IA) interagisce con la politica e con la macchina amministrativa, e intanto orienta il presente verso alcuni ideali urbani e promuove alcuni modelli e scopi, piuttosto che altri. Interviene così direttamente sul processo decisionale [15].

Le città sono storicamente dei centri di innovazione e di sviluppo e, negli ultimi anni, sono diventate sempre più il fulcro di una trasformazione digitale volta a rendere gli ambienti urbani più efficienti, sostenibili e vivibili.

Come in precedenza sottolineato, lo sviluppo delle *smart city* è guidato da tecnologie avanzate come sensori, *Internet of Things* (IoT), IA, *Big data* e *cloud computing*. Questi strumenti consentono la creazione di sistemi interconnessi in grado di raccogliere e analizzare enormi quantità di dati in tempo reale per fornire spunti per la pianificazione e la gestione urbana [16]. L'IoT, in particolare, svolge un ruolo cruciale nel garantire una connettività senza interruzioni tra i dispositivi di uso quotidiano, consentendo loro di raccogliere, condividere ed elaborare dati in modo continuo. Questo scambio di dati in tempo reale si è rivelato essenziale per migliorare l'efficienza di vari servizi urbani, dalla gestione del traffico alla raccolta dei rifiuti.

Ambiente intelligente, energia intelligente, edilizia intelligente, trasporto intelligente e istruzione intelligente, sono indicatori essenziali per potere definire una città *smart*. E in questo un ruolo importante è svolto dai c.d. dati aperti (*open data*), quale base e risorsa critica per la

---

[15] Accanto ai tanti vantaggi e opportunità del *city brain*, sono da segnalare alcuni limiti e diversi rischi. Va da sé che l'intervento nei processi decisionali può potenzialmente violare i diritti dei cittadini, non ultimo il diritto alla *privacy*. Secondo G. Galdon Clavell può accadere che non ci sia alcuna supervisione, né controllo, e che quel che è presentato come iniziativa pubblica, utilizza l'infrastruttura pubblica, ma in realtà estrae dati per usi privati (*(Not So) Smart Cities? The Drivers, Impact and Risks of Surveillance-Enabled Smart Environments*, in *Science and Public Policy*, vol. 40, 2013, pp. 717-723).

[16] Per questi aspetti v. già H. SCHAFFERS - N. KOMMINOS - M. PALLOT, *Smart cities as innovation ecosystems sustained by the future Internet*, gennaio 2012, disponibile su *www.fireball4smartcities.eu*.

© Wolters Kluwer Italia

collaborazione e l'innovazione in diversi settori. Con questi, infatti, è possibile creare posti di lavoro, nuove industrie, più in generale è possibile una gestione efficiente e trasparente della città, e d'altra parte i cittadini vengono coinvolti più attivamente e possono influenzare le decisioni della comunità. Diversi sono i modelli e le piattaforme per un uso efficace degli *open data*, si tratta comunque di costruire ecosistemi di dati collaborativi, e cioè condivisione e connessione di dati tra settori differenti (ad esempio: trasporti, energia, sanità) per promuovere la collaborazione, migliorare il processo decisionale e affrontare le sfide delle città intelligenti [17].

Il concetto di *smart city* nasce come risposta strategica alle crescenti sfide poste dall'urbanizzazione, non solo attraverso l'adozione di tecnologie all'avanguardia, ma anche attraverso il coinvolgimento attivo dei cittadini e una attenzione all'inclusività e alla sicurezza digitale.

Proprio questi ultimi aspetti: inclusività, partecipazione, sicurezza, costituiscono l'obiettivo primo di una *smart city* che sia tale, il che si traduce nell'ambito delle politiche di sviluppo e rinnovamento economico urbano nella necessità di supportare l'innovazione realizzando degli ambienti intelligenti, in particolare creando via via nuove piattaforme che facilitano la partecipazione stessa a partire dall'intelligenza collettiva. Gli sviluppi odierni hanno tra l'altro un significativo potenziale che è quello di accrescere le scelte locali, di incentivare le formazioni sociali *ad hoc*, di sviluppare al contempo il nomadismo virtuale e l'individualismo, giacché le piattaforme possono ridurre le funzioni di controllo, facilitando sia i processi interattivi e sia l'aggregazione dinamica e contestuale degli interessi individuali. E questo crea una sorta di connessione naturale con tendenze quali la democratizzazione dell'innovazione e la svolta partecipativa nella *governance* pubblica.

Già nel 2016, Anttiroiko [18] ha sottolineato l'importanza di rivita-

[17] E infatti, la collaborazione multisettoriale è fondamentale per far avanzare le città intelligenti verso i loro obiettivi di essere intelligenti e vivibili (così T.K. Kieu - K. Grattan - B. Goldman - T.T.T. Ha - T.T.T. Thi - A. Pomeroy-Stevens - D. Bachani, *Bringing sectors together in Da Nang, Vietnam: Participatory systems mapping*, in *Journal of Urban Health*, 99, 4/2022, pp. 760-769. Per ulteriori considerazioni e per un quadro d'insieme della letteratura in tema v. A. Joyce - V. Javidroozi, *Smart city development. Data sharing vs. data protection legislations*, in *Cities*, 148, 2024.

[18] Una versione modificata di questo *paper* (*City-as-a-Platform: Towards citizen-centred platform governance*) è stata pubblicata con il titolo *City-as-a-Platform: The Rise of Participatory Innovation Platforms in Finnish Cities*, in *Sustainability*, 8, 9/2016, p. 922.

© Wolters Kluwer Italia

lizzare le città al fine di mantenere la loro capacità di fornire benessere ai cittadini in modo sostenibile. Peraltro, diversi esempi di rinnovamento provano, se ce ne fosse bisogno, il rilievo che ha una tale richiesta nella vita urbana. Si pensi alla rigenerazione di HafenCity ad Amburgo, in Germania, e di Temple Bar a Dublino, in Irlanda, come pure allo sviluppo incentrato sul Museo Guggenheim a Bilbao, in Spagna, e ai Docklands di Londra e Liverpool One in Inghilterra. Paradigmatico è anche il caso della Finlandia. Qui i c.d. *living lab* della regione di Helsinki fungono da magneti nell'ecosistema dell'innovazione. E infatti, le amministrazioni cittadine li utilizzano per promuovere lo sviluppo economico e generare innovazione (sociale, di servizio e di *governance*), gli istituti di istruzione superiore li usano per avvicinare sia la didattica e sia la ricerca a sviluppatori e a utenti, le aziende li utilizzano per l'ideazione, la sperimentazione e lo sviluppo dei prodotti. Ciò implica che i cittadini siano coinvolti in ruoli diversi e svolgano funzioni diverse: alcuni progetti danno loro voce, altri garantiscono i loro diritti quali attori politici, altri ancora utilizzano le loro conoscenze ed esperienze come utenti dei servizi. Così, grazie ai principi di apertura e co-creazione, i *living lab* nel coinvolgere una pluralità di attori hanno contribuito in modo significativo a plasmare l'intera idea di città intelligente nella regione metropolitana.

Ad Helsinki, va aggiunta Tampere, città universitaria e ad alta tecnologia, e più in generale quelle altre grandi città finlandesi che non solo mostrano caratteristiche convergenti volte a migliorare il ruolo della partecipazione (di cittadini, di utenti, di *stakeholder*) in ambienti e piattaforme intelligenti, ma sono anzi tra loro collegate attorno al concetto secondo il quale la politica di sviluppo urbano va di pari passo con la politica di innovazione, e queste si intersecano nel quadro della *smart city* aperta. Più in particolare, la strategia delle sei grandi città in Finlandia richiede che le politiche di sviluppo economico si basino su un fondamentale equilibrio tra interessi privati e interessi pubblici, e allo stesso modo che le asimmetrie intrinseche delle piattaforme di innovazione tra aziende e cittadini siano in una certa misura compensate dalle strutture del *welfare*, ovvero siano controbilanciate da strutture di solidarietà.

Come è agevole notare, nei casi citati, e in tanti altri, se si assiste a importanti miglioramenti, nondimeno varie sfide e molti rischi si offrono all'attenzione e vanno presi in seria considerazione. Innanzitutto, la dipendenza tecnologica aumenta la necessità di materiali per produrre dispositivi di accesso e allo stesso tempo incrementa il bisogno di infrastrutture e di elettricità per gestire le infrastrutture interconnesse. In secondo luogo, l'enorme quantità di dati aumenta i rischi per la *privacy* delle persone e per la sicurezza informatica delle aziende, così che que-

© Wolters Kluwer Italia

ste ultime devono aumentare la spesa per proteggere i dati aziendali sensibili e le varie operazioni basate sulla tecnologia. Si aggiunga inoltre un possibile uso non autorizzato dei dati o anche un loro trattamento per finalità diverse da quelle comunicate ai cittadini [19]. Di qui, i principi fondamentali che tutte le *smart city* devono soddisfare: *i*) il principio di *privacy* e trasparenza; *ii*) il principio di sicurezza e durabilità. Si tratta di principi che, se osservati [20], richiedono di effettuare valutazioni di impatto capaci di identificare e descrivere i potenziali rischi associati all'uso di una tecnologia, in modo da implementare misure tecniche e organizzative idonee a garantire la riservatezza, la disponibilità e l'integrità dei dati raccolti.

4. Brevi appunti conclusivi: dalla *smart city* al diritto alla città?

Le considerazioni sin qui svolte, in particolare quelle relative all'inclusione e alla partecipazione nell'insediamento urbano, inducono a ritenere che la *smart city* si debba reggere su modelli di informazione-comunicazione-elaborazione multilivello, condivisi da ogni strato sociale e aperti verso l'esterno. I progetti-pilota dei *network* di *smart cities*, come visto, consentono l'interazione e lo scambio continuo tra le città, assicurando in tal modo la condivisione dei risultati e la collaborazione tra cittadini e parti interessate delle diverse città, a partire proprio da quei dati aperti che "*oltre alla trasparenza, [...] stimolano l'innovazione e ispirano nuove soluzioni a secolari problemi urbani. [...] Questi dati accessibili sono una pietra angolare che promuove la partecipazione e la fiducia della comunità, che sono prerequisiti per costruire comunità intelligenti e inclusive*" [21].

La *smart city*, se tale, può realizzare più di altre realtà quel diritto alla città che ormai da diverso tempo è ripreso quale concetto-chiave nel campo degli studi urbani e degli studi culturali, così da superare

---

[19] Per favorire la corretta gestione dei dati, l'Agenzia federale tedesca per la sicurezza delle informazioni ha pubblicato nuove raccomandazioni intitolate *Smart Cities/Smart Regions Information Security for IoT Infrastructures* (*www.bsi.bund.de*).

[20] In base ad uno studio pubblicato nel 2021 dal *World Economic Forum*, sulle politiche attuate da un campione di 36 *Pioneer Cities* nel mondo e le politiche modello proposte dalla *G20 Global Smart City Alliance*, la maggioranza delle città che ha partecipato allo studio non ha implementato un piano di sicurezza informatica aggiornato, né ha nominato esperti di sicurezza informatica (quanto qui riportato e per ulteriori considerazioni v. C. MINGO, *IA e smart cities: potenzialità, rischi e protezione dei dati*, cit.).

[21] *Ibidem*.

© Wolters Kluwer Italia

quello stretto moderno legame che corre tra urbanizzazione e disuguaglianza. Come sottolineava Lefebvre in *Le droit à la ville*, l'urbanizzazione della città si è accompagnata a un deterioramento della vita urbana, al contempo ad una degradazione dell'architettura e ha avuto quale ricaduta immediata la segregazione economica, sociale, culturale, di alcune classi sociali. Ed è pensando alla gente costretta alla dispersione, agli abitanti delle periferie, alla loro segregazione e al loro isolamento, che Lefebvre prospettava alcuni concetti-chiave quali: il *diritto alla città*, la *vita quotidiana* e la *produzione dello spazio* [22].

Perché la città superi quel nesso insopportabile che corre tra urbanizzazione e disuguaglianza, è necessario che si ripensi lo spazio sociale, dando innanzitutto rilievo alla partecipazione attiva degli abitanti che vivono quello spazio e che lo attraversano. Ora, la possibilità che si realizzi un'effettiva partecipazione passa attraverso modelli di informazione-comunicazione-elaborazione multilivello, condivisi da ogni strato sociale e aperti verso l'esterno, quegli stessi modelli su cui si dovrebbe reggere la *smart city*, se per l'appunto *smart*. Sotto questo profilo, la *smart city* costituisce allo stesso tempo il volano e l'occasione concreta di rigenerazione dello spazio sociale, nel quale tutti (forti e deboli, ricchi e poveri), a partire perciò da propri specifici bisogni ed esigenze, sono posti nella condizione di riappropriarsi di quello spazio e di quel tempo di una società urbana inclusiva. D'altra parte, se presi sul serio e non asserviti a interessi e profitti particolari, i modelli di informazione-comunicazione-elaborazione multilivello, condivisi da ogni strato sociale e aperti verso l'esterno, sono in grado di realizzare città libere, plurali e democratiche.

Con e *grazie alle* nuove tecnologie il *diritto alla città* – come del resto ogni altro diritto umano – può realizzarsi, a patto che siano incrementate emancipazione e partecipazione. Tutto sta, poi, ad intendersi sul significato di spazio cittadino e sull'uso (proprio o improprio) dell'IA. È da qui che bisogna prendere le mosse, sottolineando l'importanza che rivestono già i progetti e i disegni delle *smart city* che integrano tecnologia e arte, così da riqualificare gli spazi degradati, trasformare le mura in finestre sul mondo (è il caso della *Street art*, dei graffiti per *smart city*, dei *murales* digitali), creare comunità cittadine.

[22] Rinvio innanzitutto ai suoi: *Il diritto alla città*, trad. it., Verona, 2014; *Critica della vita quotidiana*, trad.it., Bari, 1977; *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, trad. it., Verona, 2018.

© Wolters Kluwer Italia

PRIORITÀ POLITICHE, STRATEGIE GENERALI, IMPULSO EVOLUTIVO E GESTIONE DELLE CRISI. PER UNA STORIA (IN DIVENIRE) DEL CONSIGLIO EUROPEO * **

PIERLUIGI SIMONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli esordi. I Vertici dei Capi di Stato e di Governo nella costruzione dell'"Europa dei Sei". – 3. La stabilizzazione. Le Comunità europee nel passaggio dalla dimensione puramente tecnico-economica alla visione di insieme politico-strategica. – 4. Il riconoscimento. Organo di indirizzo e motore principale dell'integrazione. – 5. La consacrazione. Una istituzione centrale e permanente nell'ordinamento dell'Unione europea alla prova delle sfide più recenti. – 6. Conclusioni.

Abstract: This paper examines the evolutionary trajectory of the European Council, and analyses its transition from a diplomatic summit, external to the original founding Treaties of the European Communities, into the constitutional fulcrum of the European Union. Through a diachronic inquiry, it demonstrates how its progressive institutionalisation, culminating in the Treaty of Lisbon, has transformed the body from an informal intergovernmental forum into a fully-fledged institution under Article 13 TEU. As a result, the European Council is now governed by the principle of legality and subject to the Court of Justice's judicial review. From a functional standpoint, the body's original mandate has significantly expanded: beyond its core remit of providing political impetus, the European Council has assumed operational and emergency management roles in response to systemic economic, migratory, and public health crises. This shift has generated a pervasive "power of solicitation" which, notwithstanding the prohibition on exercising legi-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

** Testo rielaborato dall'Autore a seguito della lezione tenutasi il 18 dicembre 2025.

© Wolters Kluwer Italia

slative functions, dictates the regulatory agenda and shapes the equilibrium of the Union's "institutional triangle". The current framework, characterised by powers of appointment and simplified Treaty revision procedures, reflects a "composite democracy" wherein intergovernmental synthesis retains strategic primacy. This functional hegemony necessitates a *de iure* reflection on how European Union values are protected. Consequently, the complex doctrinal debate remains unresolved regarding whether such political preeminence is compatible with the specific prerogatives of supranational institutions, which are essential to safeguarding the democratic legitimacy of the Union's legal order as a whole.

1. Introduzione

La vicenda del Consiglio europeo è del tutto singolare se paragonata a quella delle altre istituzioni di cui l'Unione dispone oggi ai sensi dell'art. 13, par. 1, TUE; in particolare, delle due (la Corte dei Conti e la Banca centrale europea) che pure sono state estranee all'ordinamento comunitario disegnato dal TCECA, dal TCEE e dal TCEEA delle origini [1]. Come la Corte e la Banca, esso, prima di diventare una istituzione a pieno titolo, è esistito per alcuni anni in qualità di "organo" stabilito da apposite norme convenzionali [2]. Diversamente, però, dalla Corte e dalla Banca (create nel 1975 e nel 1992 *ex novo*, di sana pianta, senza basarsi su preesistenze di levatura analoga), l'inserimento del Consiglio europeo all'interno del quadro giuridico delle Comunità, avutosi nel 1986, ha rappresentato piuttosto la formalizzazione di una entità che da diverso tempo, di fatto, svolgeva una funzione precisa nel processo di integrazione [3].

Risale al 1961, infatti, la prassi di riunire nei c.d. Vertici, al di fuo-

[1] L'art. 7 TCECA contemplava infatti l'Alta Autorità, l'Assemblea comune, il Consiglio speciale dei Ministri e la Corte di giustizia; l'art. 4, par. 1, TCEE e l'art. 3, par. 1, TCEEA prevedevano ciascuno l'Assemblea, il Consiglio, la Commissione e la Corte di giustizia.

[2] Contenute nell'Atto Unico europeo. Per la Corte dei conti valeva invece il Trattato di Bruxelles del 22 luglio 1975; per la Banca centrale europea, il TCE, nella versione derivante dal Trattato di Maastricht, e il Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea allegato al TCE.

[3] G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Torino, 1998, p. 48 ss.

© Wolters Kluwer Italia

ri delle regole pianificate dai Trattati istitutivi, i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri delle Comunità europee per affrontare al massimo livello questioni, problemi o argomenti di stringente attualità o che richiedevano un'attenzione immediata [4]. Questi incontri (tipiche conferenze tra Stati sovrani) si distinguevano per caratteristiche peculiari: l'autorevolezza della rappresentanza; la capacità di indirizzo governativo interministeriale; la competenza decisionale in qualsiasi settore (economico o politico) esercitata attraverso procedure semplificate, sia formali, sia sostanziali; il potere di coordinamento organizzativo e programmatico. L'intenzione era quella di sviluppare una diplomazia favorita dalle relazioni personali tra i *leader* e dall'assenza di ordini del giorno rigidi o predefiniti, che permettesse di giungere a decisioni inaspettate o di sbloccare negoziati altrimenti infruttuosi [5].

L'uso proseguì saltuariamente (sebbene con una certa regolarità) fino al 1974, dando luogo a comunicati e a dichiarazioni annoverabili tra i *gentlemen's agreement*. Questi atti di diritto internazionale, "*(...) adottati da [riunioni] di organi di soggetti internazionali la cui manifestazione di volontà [era] composta da più volontà che [rimanevano] distinte e [venivano] distintamente imputate a soggetti internazionali diversi*" [6], enunciavano una serie di princìpi e impegni di carattere politico (spesso precisi e vincolanti, talvolta vaghi e generici), dai quali tuttavia le istituzioni comunitarie ricavavano inevitabilmente le direttrici generali della loro azione [7].

Tali riunioni ebbero poi cadenza periodica e predeterminata fino a innescare un inesorabile percorso di sedimentazione. Figli di una congiuntura storica in cui i "*summit*" internazionali stavano diventando il pa-

---

[4] Hanno fornito una buona panoramica dei principali temi discussi R.H. Lauwaars, *The European Council*, in *CMLR*, 1/1977, p. 32 ss.; A. Giardina, *La cooperazione al vertice in Europa: strutture, realizzazioni, controlli*, in G. Biscottini (promosse da), *Tavole rotonde di diritto comunitario*, vol. I, *1967-1977*, Milano, 1980, p. 246 ss.; V. Starace, *Il Consiglio europeo*, *ivi*, p. 236 ss.; P. Fois, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. intern. priv. proc*., 4/1982, p. 705 ss.

[5] V. in proposito J.P. Jacqué, *Le Conseil européen. Rapport introductif*, in D. Blanc (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne. Aspects institutionnels et matériels*, Bruxelles, 2023, p. 16 ss.

[6] Cfr. N. Parisi, *Conferenze al vertice e Consiglio europeo: un tentativo di sistemazione giuridica*, in *Riv. dir. eur*., 1/1977, p. 45.

[7] Cfr. B. Taulègne, *Le Conseil européen*, Paris, 1993, p. 6 ss.; H.J. Glaesner, *The European Council*, in D.M. Curtin - T. Heukels (eds.), *Essays in Honour of Henry G. Schemers*, vol. II, *Institutional Dynamics of European Integration*, Dordrecht, 1994, p. 101 ss.; F. Picod, *Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision*, in *Rev. dr. publ*., 4/2002, p. 1187 ss.; J.P. Jacqué, *Le Conseil européen*, cit., p. 18.

© Wolters Kluwer Italia

radigma preferito per la risoluzione delle grandi crisi globali, quei semplici momenti occasionali di concertazione, espedienti pratici per facilitare intendimenti connessi o condizionati l'uno all'altro e proiettati al raggiungimento di obiettivi convergenti, sperimentarono un cammino lento e tortuoso, ricostruito dalla presente indagine, che è arrivato a farli gravitare attorno al "nucleo vitale" delle Comunità e dell'Unione [8].

Gli accordi di revisione hanno scandito i passaggi chiave del complicato snodo normativo che ha accompagnato il Consiglio europeo verso la piena soggettività. L'Atto Unico europeo ne aveva ufficializzato l'esistenza e la composizione, non stravolgendone la natura giuridica e relegandolo alle adiacenze della compagine istituzionale. Con un indubbio salto di qualità, il Trattato di Maastricht lo aveva investito dei compiti statutari di dare impulso e di tracciare gli orientamenti politici generali dell'Unione articolata in pilastri. In un ulteriore affinamento, il Trattato di Amsterdam e il Trattato di Nizza avevano esteso le sue competenze a settori nevralgici e lo avevano preparato, non senza difficoltà procedurali, alla successiva trasformazione. Con il Trattato di Lisbona, punto di approdo dell'itinerario intrapreso, il Consiglio europeo è assurto al rango di istituzione, dotata di una Presidenza stabile e sottoposta al controllo della Corte di giustizia [9].

Il Consiglio europeo si è ormai accreditato nelle vesti di "timoniere" imprescindibile del progetto comune al quale dà ritmo e direzione, arrivando a riunirsi con elevata frequenza (fino a tredici volte in periodi di emergenza acuta, come quella pandemica da Covid-19) per salvaguardare il vincolo di solidarietà instauratosi tra gli Stati membri [10]. Lo studio della sua genesi e del suo radicamento impone una riflessione

---

[8] I passi fatti in tal senso sono stati materia di analisi per numerosi commentatori: tra gli altri, A. PAPISCA, *Europa '80. Dalla Comunità all'Unione europea*, Roma, 1975; C.B. BRAMSEN, *Le Conseil européen: son fonctionnement et ses résultats de 1975 à 1981*, in *RMC*, 25/1982, p. 624 ss.; J.M. HOSCHEIT - W. WESSELS (eds.), *The European Council 1974-1986: Evaluation and Prospects*, Maastricht, 1988; B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea, 1948-2000*, Bologna, 2001; M. PATRONO, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2003, p. 1763 ss.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali. Inquadramento giuridico e prassi evolutiva*, Napoli, 2018, p. 14 ss.; M. RASMUSSEN, *The Legal History of the European Union: Building a European Constitution*, in E. HANNAH (ed.), *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Oxford, 2019, p. 1 ss.

[9] Per un efficace sguardo di insieme v. Y.S. RITTELMEYER, *Les sommets restreints et l'Union européenne: la pratique des sommets restreints dans l'histoire de la construction européenne*, Paris, 2006; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo. Evoluzione, competenze e prassi*, Milano, 2007, p. 16 ss.

[10] È un impegno rivelatosi anche nelle crisi del debito sovrano europeo, migratoria, della Brexit e della guerra russo-ucraina.

© Wolters Kluwer Italia

profonda sulle dinamiche che hanno animato l'integrazione europea nel dopoguerra. Per meglio comprenderne il ruolo e le attribuzioni è dunque necessario ripercorrere gli avvenimenti che ne hanno cadenzato la nascita, la legittimazione e l'inserimento nella cornice istituzionale dell'Unione europea.

2. Gli esordi. I Vertici dei Capi di Stato e di Governo nella costruzione dell'"Europa dei Sei"

Il 10-11 febbraio 1961 si tenne a Parigi un Vertice al quale il Presidente francese Charles de Gaulle aveva invitato i Capi di Governo degli altri Stati membri delle Comunità europee (il belga Gaston Eyskens, il tedesco occidentale Konrad Adenauer, l'italiano Amintore Fanfani, il lussemburghese Pierre Werner e l'olandese Jan de Quay) allo scopo "*(...) de rechercher les moyens propres à organiser une coopération politique plus étroite*" [11].

Avvenuta deliberatamente al di fuori delle procedure previste dai Trattati, la convocazione celava un obiettivo tanto ambizioso, quanto controverso: far guadagnare consensi all'idea di una unione politica che non si fondasse sul trasferimento di sovranità, bensì su una stretta cooperazione intergovernativa. Due metodi, infatti, si contendevano all'epoca il futuro dell'integrazione: quello, appunto, "intergovernativo" (o "diplomatico"), al quale era fermamente ancorata la Francia; e quello "comunitario" (o "sovranazionale"), il cui massimo difensore era il Presidente della Commissione CEE Walter Hallstein [12].

Nella visione del Presidente de Gaulle, strenuo oppositore di ogni forma di erosione della sovranità nazionale (malgrado non fosse ostile al mercato comune in sé), allarmato anzi dalla crescente influenza che la Commissione stava acquisendo, occorreva mantenere il voto all'unanimità nel Consiglio (specialmente su materie sensibili, come la poli-

[11] V. il *Communiqué de presse du Sommet de Paris (10 et 11 février 1961)*, reperibile sul sito *www.cvce.eu*. I Capi di Governo degli Stati membri della CECA si erano riuniti già a Parigi il 19-20 febbraio 1957, su invito del Presidente del Consiglio dei Ministri francese Guy Mollet, al fine di risolvere le ultime difficoltà riguardanti l'elaborazione dei futuri Trattati di Roma. Fu sempre la Francia a proporre, nel 1959, l'organizzazione di consultazioni trimestrali tra i Ministri degli Affari Esteri (A. Giardina, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 243).

[12] R. Coman - A. Crespy - V.A. Schmidt, *Introduction: The European Union as a Political Regime, a Set of Policies and a Community after the Great Recession*, in R. Coman - A. Crespy - V.A. Schmidt (eds.), *Governance and Politics in the Post-Crisis European Union*, Cambridge, 2020, p. 4 s.

© Wolters Kluwer Italia

tica agricola comune) per evitare che gli interessi francesi potessero essere messi in minoranza; e impedire qualsiasi incremento di poteri del Parlamento europeo, compresa l'ipotesi della sua elezione a suffragio universale diretto [13]. In questo scenario, il Piano Fouchet, elaborato nel 1961-62 per sintetizzare e promuovere la posizione favorevole all'intergovernamentalismo, non incontrò il favore degli altri Stati membri [14]. Il Presidente Hallstein, al contrario, perseguiva il rafforzamento del sistema attraverso l'istituzione di un fondo di risorse proprie e l'estensione del voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, sottraendo così potere di veto ai singoli Stati membri in favore dell'interesse generale della Comunità [15].

Questo antagonismo insanabile sfociò nella traumatica "crisi della sedia vuota", quando la Francia, scegliendo la tattica dell'astensionismo totale e abbandonando i lavori del Consiglio per sette mesi tra il 1965 e il 1966 (dopo aver richiamato in patria il suo rappresentante permanente), provocò una paralisi senza precedenti che mise a rischio la sopravvivenza stessa della costruzione europea [16]. La via di uscita fu trovata nel Compromesso di Lussemburgo siglato il 29 gennaio 1966, un atto dal valore giuridico incerto, ma dalla portata politica dirompente. Esso stabilì che qualora, nel caso di decisioni suscettibili di essere prese a maggioranza su proposta della Commissione, "*(...) des intérêts très importants d'un ou plusieurs partenaires sont en jeu (...)*", i membri del Consiglio avrebbero dovuto adoperarsi per trovare soluzioni condivise da tutti "*(...) jusqu'à ce que l'on soit parvenu à un accord*

---

[13] G. BISCOTTINI, *Considerazioni sull'evoluzione del Parlamento europeo*, in *Dir. intern*., vol. I, 1971, p. 157 ss.; Y. DEVUYST, *Les relations franco-allemandes dans les années 1960: la politique agricole commune, un cas d'école*, in *Rev. hist. mod. cont*., 3/2008, p. 261 ss.; R. COMAN - A. CRESPY - V.A. SCHMIDT, *Introduction*, cit., p. 4 s.

[14] Il Piano Fouchet, nelle sue versioni I (2 novembre 1961) e II (18 gennaio 1962) redatte dal diplomatico francese Christian Fouchet, mirava al coordinamento e al ravvicinamento dell'azione degli Stati membri in materia di politica estera, di politica economica, di cultura e di difesa attraverso la previsione di una unione di Stati dai forti tratti intergovernativi che avrebbe dovuto coesistere con le Comunità. V. R. BLOES, *Le "Plan Fouchet" et le problème de l'Europe politique*, Bruges, 1970.

[15] Cfr., per approfondimenti, H. VON DER GROEBEN, *Walter Hallstein as President of the Commission*, in W. LOTH - W. WALLACE - W. WESSELS (eds.), *Walter Hallstein: The Forgotten European?*, New York, 1998, p. 95 ss.; W. LOTH, *Hallstein and de Gaulle: The Disastrous Confrontation*, *ivi*, p. 135 ss.; K.H. NARJES, *Walter Hallstein and the Early Phase of the EEC*, *ivi*, p. 109 ss.; R. COMAN - A. CRESPY - V.A. SCHMIDT, *Introduction*, cit., p. 4.

[16] N.P. LUDLOW, *Challenging French Leadership in Europe: Germany, Italy, the Netherlands and the Outbreak of the Empty Chair Crisis of 1965-1966*, in *Cont. Eur. Hist*., 2/1999, p. 231 ss.

© Wolters Kluwer Italia

unanime", a prescindere da quanto previsto dai Trattati, "*(...) dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté*" [17]. L'unanimità, diventata di fatto la regola generale, garantiva a ogni Stato un diritto di veto [18].

Nel successivo Vertice tenutosi a Bad Godesberg (Bonn) il 18 luglio 1961, i Capi di Stato e di Governo espressero la volontà di riunirsi a intervalli regolari con il proposito "*De donner forme à la volonté d'union politique, déjà implicite dans les traités qui ont institué les Communautés européennes, d'organiser à cette fin leur coopération, d'en prévoir le développement, de lui assurer la régularité qui créera progressivement les conditions d'une politique commune et permettra finalement de consacrer l'œuvre entreprise dans des institutions*" [19]. Il Presidente de Gaulle, tuttavia, seguitò a condizionare fortemente il processo di integrazione per tutti gli anni Sessanta del secolo scorso, portandolo a una fase di stallo: oltre alla "crisi della sedia vuota", pose costantemente il veto, fino al termine del suo mandato, all'ingresso del Regno Unito nelle Comunità. Sviluppi significativi iniziarono a intravedersi solo quando Georges Pompidou e Willy Brandt furono investiti della carica, rispettivamente, di Presidente della Repubblica Francese e di Cancelliere della Repubblica Federale Tedesca [20].

Il Vertice de L'Aia del 1°-2 dicembre 1969 segnò, in tal senso, un momento di vera svolta. Sotto la spinta del Presidente Pompidou, i *leader* decisero di riprendere i negoziati con gli Stati candidati all'adesione, nonché di completare e di approfondire l'integrazione comunitaria

---

[17] V. *Le Compromis de Luxembourg (janvier 1966)*, sul sito *www.cvce.eu*, nonché N. Palaia, *Gli Accordi del Lussemburgo e il loro valore giuridico*, in *Anr. dir. intern*., vol. XXVIII, Napoli, 1966, p. 391 ss.; W. Nicholl, *The Luxembourg Compromise*, in *JCMS*, 1/1984, p. 35 ss.; A. Teasdale, *The Life and Death of the Luxembourg Compromise*, *ivi*, 4/1993, p. 567 ss.

[18] Così R. Coman - A. Crespy - V.A. Schmidt, *Introduction*, cit., p. 5.

[19] Nel *Communiqué officiel adopté par les chefs d'État ou de Gouvernement des Six (Bonn, 18 juillet 1961)*, riprodotto sul sito *www.cvce.eu*, si affermava infatti che "*Les Chefs d'État ou de Gouvernement (...) ont décidé (...) de tenir, à intervalles réguliers, des réunions qui auront pour objet de confronter leurs vues, de concerter leurs politiques et de parvenir à des positions communes, afin de favoriser l'union politique de l'Europe, renforçant ainsi l'alliance atlantique*".

[20] Cfr. R. Coman - A. Crespy - V.A. Schmidt, *Introduction*, cit., p. 5; L. van Middelaar - U. Puetter, *The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker*, in D. Hodson - U. Puetter - S. Saurugger - J. Peterson (eds.), *The Institutions of the European Union*, V ed., Oxford, 2021, p. 54 s. Mentre Pompidou attenuò i contrasti con i *partner* europei e fu più conciliante sull'adesione britannica, Brandt superò le rigidità ordoliberiste dei suoi predecessori, aprendo la strada a nuove prospettive per l'integrazione economica e sociale.

© Wolters Kluwer Italia

attraverso il passaggio dal periodo transitorio alla fase conclusiva del mercato comune e la sostituzione dei contributi finanziari degli Stati membri con risorse autonome e dirette [21]. I Ministri degli Affari Esteri ebbero l'incarico di studiare il modo migliore per compiere progressi nell'unificazione politica, in vista dell'allargamento [22]. A tale proposito, il Rapporto Davignon raccomandò che gli Stati membri si adoperassero per assumere una posizione univoca sulle questioni internazionali di maggior rilievo [23]. Nel comunicato finale si convenne altresì di far elaborare al Consiglio, nel corso del 1970, un piano per la creazione di una "Unione economica e monetaria" (UEM) [24]. Ciò favorì, nel 1971, l'avvio del Piano Werner e, nel 1972, la creazione del "Serpente monetario" per gestire le fluttuazioni valutarie [25].

Il Vertice di Parigi del 19-21 ottobre 1972, al quale vennero invitati i Primi Ministri degli Stati che si accingevano a diventare membri delle Comunità a pieno titolo dal 1° gennaio 1973 (Anker Jørgensen per la Danimarca, Jack Lynch per l'Irlanda ed Edward Heath per il Regno Unito), cercò di mantenere vivo questo slancio, confermando come i primi *summit* fossero spazi di confronto libero dove, in assenza di prassi consolidate, potevano emergere idee e proposte non programma-

---

[21] C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1/1976, p. 2; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 244; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 230; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 12; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 16.

[22] V. il punto 15 del *Communiqué final du sommet de La Haye (2 décembre 1969)*, sul sito *www.cvce.eu*.

[23] Per arrivare a questo risultato, le proposte avanzate dal Comitato guidato dal belga Étienne Davignon, approvate dai Ministri degli Affari Esteri degli Stati membri delle Comunità il 27 ottobre 1970, delineavano una collaborazione consistente in scambi di informazioni e in consultazioni regolari al fine di armonizzare i punti di vista, concordando atteggiamenti e azioni comuni. I Direttori degli Affari Politici dei Ministeri degli Affari Esteri, riuniti in un apposito comitato, furono inoltre incaricati di preparare riunioni ministeriali programmate almeno due volte l'anno o più di frequente, a seconda delle necessità. V. A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 244 s.

[24] V. il punto 8 del *Communiqué final du sommet de La Haye (2 décembre 1969)*, cit.

[25] L'8 ottobre 1970 il Comitato di esperti presieduto dal Primo Ministro lussemburghese Pierre Werner presentò al Consiglio e alla Commissione un progetto il quale prevedeva di creare una unione monetaria e di introdurre una moneta unica entro il 1980. Il Piano pose le basi per quello che sarebbe stato poi conosciuto come "Serpente monetario", ossia il meccanismo volto a mantenere un margine di fluttuazione predeterminato e ridotto tra le valute degli Stati membri delle Comunità europee, e tra queste e il dollaro. Cfr. A. STEINHERR (ed.), *30 Years of European Monetary Integration. From the Werner Plan to EMU*, London, 1994.

© Wolters Kluwer Italia

te. Furono discusse nuove forme di cooperazione in campo industriale, energetico, tecnologico, ambientale e sociale, con la proposta del Cancelliere Brandt per un'Europa più attenta ai bisogni dei cittadini e la richiesta britannica di un fondo regionale per le aree depresse [26]. Persistevano comunque molti dubbi sulla capacità dell'Europa dei Nove di reggere il peso dell'allargamento senza riforme accurate. Lo stesso Pompidou, pur mostrandosi più flessibile del suo predecessore, restava un convinto assertore della sovranità nazionale ed era restio a potenziare eccessivamente le istituzioni comunitarie [27]. L'iniziativa degli Stati del Benelux per la riforma dei Trattati fu pertanto respinta; si preferì ricorrere, invece, all'art. 235 TCEE che subordinava al voto unanime del Consiglio ogni nuova decisione non espressamente prevista dai Trattati suddetti. Questa rigidità si rivelò fatale nel 1973, quando lo *shock* petrolifero e il collasso del sistema di Bretton Woods misero fine all'epoca della crescita economica espansiva. Convocato per trovare una posizione comune riguardo alla grave crisi energetica, il Vertice di Copenaghen del 14-15 dicembre 1973 fallì proprio a causa delle tensioni internazionali e delle conseguenti nette divisioni tra gli Stati membri, mostrando l'incapacità delle Comunità europee di agire come un'entità politica coesa dinanzi all'emergenza [28].

In questo contesto di incertezza, l'intuizione di Jean Monnet portò alla proposta di un "governo europeo provvisorio" composto dai Capi di Stato e di Governo, con l'obiettivo di superare il paralizzante vincolo dell'unanimità che derivava dal Compromesso di Lussemburgo [29]. Il neoeletto Presidente francese Valéry Giscard d'Estaing, sostenuto dal Cancelliere Brandt e dal Primo Ministro Heath, promosse riunioni regolari e informali tra i *leader*. Iniziarono così a crearsi le condizioni per la nascita di quello che sarebbe diventato in seguito il "Consiglio eu-

---

[26] V. la *Déclaration du sommet de Paris (19 au 21 octobre 1972)*, disponibile sul sito *www.cvce.eu*, nonché A. Giardina, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 245; V. Starace, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 231.

[27] Cfr. in proposito P. Gerbet, *Georges Pompidou et les institutions européennes*, in J.R. Bernard - F. Caron - M. Vaïsse - M. Woimant (sous la direction de), *Georges Pompidou et l'Europe*, Bruxelles, 1995, p. 71 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 16.

[28] C.R. Carchidi, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 13 s. Questo malgrado la Dichiarazione sull'identità europea, adottata a Copenaghen il 14 dicembre 1973 a conclusione del Vertice, tentasse di classificare i tratti distintivi dell'Europa rispetto al resto del mondo, articolandosi sui tre punti chiave della coesione interna, dei valori fondanti e del ruolo globale: v. la *Déclaration finale du sommet de Copenhague (14 et 15 décembre 1973)*, sul sito *www.cvce.eu*.

[29] J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, pp. 592 e 603.

© Wolters Kluwer Italia

ropeo": un organo di indirizzo politico concepito come "motore" pragmatico dell'integrazione in grado di assicurare quel coordinamento che i canali burocratici e ministeriali tradizionali non riuscivano più a garantire [30].

3. La stabilizzazione. Le Comunità europee nel passaggio dalla dimensione puramente tecnico-economica alla visione di insieme politico-strategica

L'evoluzione del Consiglio europeo ha segnato una tappa fondamentale nel 1974, grazie al mutamento degli equilibri politici in Francia e in Germania Occidentale. L'azione congiunta del Presidente Giscard d'Estaing e del Cancelliere Helmut Schmidt permise di superare la precedente frammentazione metodologica, rendendo sistematici gli incontri tra i Capi di Stato e di Governo. Tale iniziativa, volta a munire l'integrazione comunitaria di una direzione strategica compatta e solidale, condusse alla formalizzazione di un organo apicale deputato al coordinamento politico superiore degli Stati membri [31].

La creazione di un consesso permanente ebbe un primo, parziale riscontro nel Vertice di Parigi del 9-10 dicembre 1974. La proposta di stabilizzare tali riunioni fu ripresentata con vigore e i *leader* degli allora nove Stati membri riconobbero l'esigenza di una visione globale sulle problematiche intrinseche all'unità europea e sulle sfide di rilievo internazionale [32]. Concordarono, pertanto, di riunirsi con ca-

---

[30] Ne hanno parlato soprattutto J. LODGE, *The Role of EEC Summit Conferences*, in *JCMS*, 3/1973, p. 342 ss. ed E. NOËL, *Quelques réflexions sur la préparation, le déroulement et les répercussions de la réunion tenue à Paris par les chefs de gouvernement (9-10 décembre 1974)*, in *Cah. dr. eur.*, 1/1975, p. 3 ss. V. altresì C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 11; P. DE BOISSIEU - J. CLOOS - P.S. CHRISTOFFERSEN - L. VAN MIDDELAAR - J. KELLER NOËLLET - G. MILTON - C. ROGER - T. BLANCHE - D. GALLOWAY - A. GILISSEN, *National Leaders and the Making of Europe: Key Episodes in the Life of the European Council*, London, 2015, p. 10 s.; M. BLANQUET, *Le Conseil européen, institution integrée? Le tropisme de l'arrangement*, in D. BLANC (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*, cit., p. 35; J.P. JACQUÉ, *Le Conseil européen*, cit., p. 18 s.

[31] V. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 15; P. DE BOISSIEU - J. CLOOS - P.S. CHRISTOFFERSEN - L. VAN MIDDELAAR - J. KELLER NOËLLET - G. MILTON - C. ROGER - T. BLANCHE - D. GALLOWAY - A. GILISSEN, *National Leaders and the Making of Europe*, cit., p. 10; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 17.

[32] Cfr. il punto 2 del *Final Communiqué of the Meeting of the Heads of Government of the Community (Paris, 9 and 10 December 1974)*, consultabile sul sito *www.cvce.eu*.

© Wolters Kluwer Italia

denza quadrimestrale (tre volte l'anno) nonché, in via straordinaria, ogni qualvolta le circostanze lo avessero richiesto, nel "Consiglio delle Comunità", assistiti dai propri Ministri degli Affari Esteri; questi ultimi avevano compiti di promozione e coordinamento al fine di garantire la coerenza delle attività comunitarie e la continuità dei lavori, nonché la facoltà di tenere contemporaneamente riunioni di cooperazione politica [33]. Affermarono inoltre che avrebbero progressivamente adottato posizioni comuni e armonizzato "*(...) their diplomatic action in all areas of international affairs which affect the interests of the European Community*", per cui "*The President-in-Office will be the spokesman for the Nine and will set out their views in international diplomacy*"; e che fosse necessario "*(...) to renounce the practice which consists of making agreement on all questions conditional on the unanimous consent of the Member States (...)*", indipendentemente dalla loro rispettiva posizione in merito alle conclusioni raggiunte con il Compromesso di Lussemburgo del 1966 [34].

Sebbene non si fosse proceduto alla immediata istituzione di un organo formalmente denominato "Consiglio europeo" (qualificazione, questa, che si sarebbe affermata progressivamente per consuetudine costante), la Presidenza francese ne adottò pubblicamente la locuzione [35]. La cooperazione politica (ancora estranea all'ambito di intervento delle Comunità) non creava problemi interpretativi o di raccordo perché afferente alla sfera delle relazioni internazionali tra Stati per le quali questi mantenevano integre le proprie prerogative di regola-

---

[33] Punto 3 del *Final Communiqué of the Meeting of the Heads of Government of the Community (Paris, 9 and 10 December 1974)*, cit., sul quale cfr. C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., pp. 4 e 13 ss.; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 28; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 233; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, vol. I, Milano, 1997, p. 388. Il coinvolgimento dei Ministri degli Affari Esteri va interpretato anche come una concessione nei confronti dei Paesi Bassi; questi ultimi avevano infatti manifestato riserve in merito alla partecipazione dei soli Capi di Governo poiché il loro Primo Ministro era privo di competenze proprie in materia di relazioni internazionali (M.E. KWAST VAN DUURSEN, *De Minister-president en de Europese Raad*, in *Intl. Spect.*, 11/1984, p. 655 ss.).

[34] Punti 4 e 6 del *Final Communiqué of the Meeting of the Heads of Government of the Community (Paris, 9 and 10 December 1974)*, cit. V. C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 14; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 28 ss.; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 231 s.

[35] P. DE BOISSIEU - J. CLOOS - P.S. CHRISTOFFERSEN - L. VAN MIDDELAAR - J. KELLER NOËLLET - G. MILTON - C. ROGER - T. BLANCHE - D. GALLOWAY - A. GILISSEN, *National Leaders and the Making of Europe*, cit., p. 10; L. VAN MIDDELAAR - U. PUETTER, *The European Council*, cit., p. 55.

© Wolters Kluwer Italia

mentazione [36]. L'inclusione nel perimetro comunitario sotto la denominazione di "Consiglio delle Comunità" marcava invece una differenza netta rispetto al passato, e rispondeva a una precisa *ratio* giuridica: introdurre una fonte di direzione strategica, di slancio politico che garantisse una continuità operativa superiore e ovviasse così alle carenze delle istituzioni dell'epoca [37]. La ventilata assimilazione al Consiglio, fondata sull'interpretazione estensiva dell'art. 146, co. 1, TCEE (come sostituito dall'art. 2, co. 1, del Trattato di Bruxelles dell'8 aprile 1965 sul Consiglio unico e sulla Commissione unica delle Comunità europee) [38], non mancò tuttavia di sollevare alcuni dubbi. Il Primo Ministro lussemburghese Gaston Thorn era preoccupato che il Consiglio tradizionale potesse perdere parte della propria ragion d'essere; il Belgio e i Paesi Bassi manifestavano timori per l'efficacia e la "tenuta" delle istituzioni comunitarie già esistenti [39]. Una attenta dottrina riteneva poi che il "Consiglio delle Comunità" dovesse essere considerato, non diversamente dai Vertici, come una semplice riunione di Capi di Stato e di Governo di cui veniva stabilita una periodicità minima, assente nei Vertici suddetti. Non c'era dunque motivo di configurarlo quale organo comune agli Stati membri, data l'assenza di un impegno giuridico a operare in modo identico e simultaneo [40]. In tal senso, veniva respinta la tesi secondo cui esso, a superamento dei Vertici posti "*à la limite du multilatéral et de l'institutionnel*", non rappresentava altro "*(...) qu'une*

---

[36] P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE*, cit., p. 705 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388.

[37] Così P. DE SCHOUTHEETE, *El Consejo europeo*, in J.M. BENEYTO PÉREZ - J. MAILLO GONZÁLEZ ORÚS - B. BECERRIL ATIENZA (coord.), *Tratado de derecho y políticas de la Union europea*, vol. III, *Sistema institucional y procedimientos decisorios*, Cizur Menor-Madrid-Barcelona, 2011, p. 71.

[38] L'art. 146, co. 1, TCEE stabiliva infatti che il Consiglio fosse formato "*(...) dai rappresentanti degli Stati membri*", delegandovi ogni Governo "*(...) uno dei suoi membri*", e ciò non escludeva la possibilità che vi partecipassero gli stessi Capi di Governo quali componenti dell'Esecutivo secondo quanto previsto dalle singole Costituzioni nazionali. V. C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 5 s. Il Trattato di Bruxelles del 1965 è pubblicato in G.U.C.E. n. 152 del 13 luglio 1967, p. 2 ss.

[39] Fu proprio per queste ragioni che si scelse inizialmente la nomenclatura di "Consiglio delle Comunità" e non quella di "Consiglio europeo". Ciò permise di limitare l'impatto dell'innovazione e di evitare complesse questioni di competenza, poiché l'organo veniva presentato come una semplice variazione nella composizione di una istituzione già prevista e non come la creazione di una entità del tutto nuova (M. BLANQUET, *Le Conseil européen, institution integrée?*, cit., p. 37 s.).

[40] N. PARISI, *Conferenze al vertice e Consiglio europeo*, cit., p. 46 s.; C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici, cooperazione intergovernativa e sovranità comunitaria*, in *Riv. dir. eur.*, 2/1980, p. 138; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 233 s.; P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE*, cit., p. 700 s.

© Wolters Kluwer Italia

modalité, une variante du conseil des ministres, organe classique de la communauté" [41]. Il "Consiglio delle Comunità" non celava pertanto una appartenenza formale al sistema comunitario, ma rifletteva soltanto la competenza a decidere su materie rilevanti di quel sistema, pur rimanendo di fatto una istanza extracomunitaria [42].

Il debutto effettivo del "Consiglio delle Comunità" si registrò a Dublino il 10-11 marzo 1975. Eppure, malgrado quanto dichiarato soltanto tre mesi prima, lo si descrisse ancora con le formule di "riunione dei Capi di Governo in seno al Consiglio" o di "Consiglio che ha convenuto di riunirsi a livello dei Capi di Governo", atte cioè a riflettere la volontà dei *leader* di agire a un livello gerarchico superiore (pur rimanendo all'interno della cornice comunitaria) e a confermare come nella fase embrionale l'organo medesimo fosse percepito esclusivamente quale sezione speciale del Consiglio [43]. Il termine "Consiglio europeo" riemerse in un progetto di risoluzione belga allegata al comunicato finale e a partire dalla successiva riunione di Bruxelles del 16-17 luglio 1975 iniziò ad assestarsi nella prassi [44].

Tra il 1975 e il 1977 il Consiglio europeo visse la propria vera isti-

---

[41] Era la tesi propugnata da C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 1 ss. Anche R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 29, aveva sostenuto che il Consiglio europeo fosse da qualificare "*(...) as a Council of Ministers within the meaning of the Treaties*".

[42] N. PARISI, *Conferenze al vertice e Consiglio europeo*, cit., p. 48 s.; C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 142 s.; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 250; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 234 ss.; P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE*, cit., p. 701 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 60. Cfr. altresì il saggio anonimo *Le Conseil européen. Origine, rôle et perspectives*, in *Anr. fr. dr. intern*., 4/1975, p. 889 ss.

[43] Cfr. il *Meeting of Heads of Government in Council in Dublin on 10 and 11 March 1975, Summary of Decisions and Conclusions*, sul sito *www.consilium.europa.eu*, nonché M. BLANQUET, *Le Conseil européen, institution integrée?*, cit., p. 37 s. Restavano alcune criticità sulla posizione del Presidente della Repubblica Francese, non rivestendo egli la qualifica di membro effettivo del Governo nel proprio ordinamento nazionale. Anche la Commissione avallò la tesi secondo cui la riunione dei Capi di Stato e di Governo si stesse svolgendo in qualità di sessione del "Consiglio delle Comunità", in ossequio allo spirito e alla lettera dei Trattati (C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 6 ss.; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 28 s.).

[44] V. l'All. I al *Meeting of Heads of Government in Council in Dublin on 10 and 11 March 1975*, cit., p. 9 s.; e il *Summary of the Conclusions on Community Matters Adopted by the European Council Held in Brussels on 16 and 17 July 1975*, sul sito *www.consilium.europa.eu*. La Presidenza irlandese fu la prima a impiegare tale dizione negli inviti ufficiali, sebbene al pieno utilizzo del nome si opponesse fermamente il Governo danese. Per un lungo periodo continuarono pertanto i riferimenti approssimativi ai Capi di Governo e la finzione giuridica della non dissociabilità dal Consiglio.

© Wolters Kluwer Italia

tuzionalizzazione e iniziò ad abbozzare i suoi meccanismi. Strettamente legato al consolidamento dell'architettura istituzionale delle Comunità europee, indusse alla promozione di nuove iniziative politiche, in particolare alla creazione del Sistema monetario europeo (SME). Le sue prestazioni dipesero fortemente dall'impegno personale dei *leader* e dalla loro capacità di produrre consenso, alimentati entrambi da una forte coesione interna derivante dall'appartenenza a un *forum* esclusivo e dalla pressione politica tra pari [45].

A seguito del Consiglio europeo de L'Aia del 29-30 novembre 1976 emerse con chiarezza la convinzione che l'organo rappresentasse lo strumento più adeguato per orientare la Commissione e le altre istituzioni. Un altro momento fondamentale si ebbe con il Consiglio europeo di Londra del 29-30 giugno 1977, quando si decise di attribuirgli una struttura operativa e degli strumenti (i "comunicati", le "conclusioni della Presidenza", le "deliberazioni", le "deliberazioni volte a promuovere l'azione comunitaria", le "dichiarazioni", gli "orientamenti", i "pareri formali", i "processi verbali") tutti imputabili alla collettività degli Stati membri [46]. Conformemente alle indicazioni del Rapporto Tindemans, furono inoltre stabilite regole procedurali vincolanti, tra cui l'adozione di un'agenda dettagliata e l'obbligo di un comunicato finale sugli esiti dei lavori [47].

Sembra corretto sostenere che il Consiglio europeo (e i Vertici)

---

[45] Emblematico fu lo stretto rapporto tra il Presidente Giscard d'Estaing e il Cancelliere Schmidt, i quali, anziché utilizzare i rispettivi titoli nazionali, preferivano rivolgersi l'uno all'altro come "membri del Consiglio europeo", privilegiando in questo modo la dimensione collegiale. V. D. NEDERLOF, *Membership of the European Council in a Constitutional and Historical Perspective*, Zutphen, 2020, p. 2; L. VAN MIDDELAAR - U. PUETTER, *The European Council*, cit., p. 56.

[46] Cfr. il punto II, 1-A, delle *European Council Meeting 29 and 30 June 1977 in London, Presidency Conclusions*, p. 6, pubblicate sul sito *www.consilium.europa.eu*, nonché C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 139; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1997, pp. 1 e 4; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 18.

[47] Punto II, 1-B e C, delle *European Council Meeting 29 and 30 June 1977 in London, Presidency Conclusions*, cit., p. 7. Nel Rapporto affidato dal Vertice di Parigi del 1974 al Primo Ministro belga Leo Tindemans, da questi rimesso ai suoi colleghi il 29 dicembre 1975 e reso pubblico il 7 gennaio 1976 (sul quale v. A. TIZZANO, *The Tindemans Report*, in *It. YIL*, vol. II, Leiden, 1976, p. 130 ss.; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 241 s.), il Cap. V, dedicato al "Rafforzamento delle istituzioni", chiariva infatti come il Consiglio europeo potesse prendere decisioni nel campo comunitario (seguendo la forma e le procedure dei Trattati), nonché decisioni e orientamenti generali formulati in modo tale da fornire le linee direttive a coloro che fossero incaricati della loro realizzazione.

© Wolters Kluwer Italia

fungevano "*(...) da organi politici di una Comunità intesa come «una figura più ampia [della Comunità-organizzazione] costituita dal gruppo d[egli] ... Stati [membri] in quanto vincolati reciprocamente al rispetto delle norme comunitarie ed agenti, in adempimento dei loro obblighi, o attraverso l'opera coordinata dei vari organi nazionali o attraverso l'opera della Comunità-organizzazione»*" [48]. Collocato al di fuori dell'ordinamento comunitario, il Consiglio europeo si limitava a definire gli obiettivi e le linee generali delle azioni da intraprendere, lasciando che l'attuazione concreta avvenisse poi nel rispetto delle norme e delle modalità previste dai Trattati. La sua affermazione, peraltro, non tardò a ripercuotersi negativamente, snaturandola, sulla struttura istituzionale prevista dal TCECA, dal TCEE e dal TCEEA, che da autonoma, fornita di caratteristiche e di equilibri propri quale era, divenne una sorta di "oggetto guidato dall'alto" [49]. Conseguenze assai rilevanti interessarono la Commissione, il cui potere di proposta risultò ridimensionato e condizionato dagli "impulsi" e dagli "inviti" provenienti dai Capi di Stato e di Governo [50]. Il Parlamento europeo, in quegli anni già ai margini del dialogo interistituzionale, si indebolì a sua volta, nonostante l'abitudine (ritenuta comunque inadeguata) di informarlo sugli esiti delle riunioni [51]. Il Consiglio, indotto a non risolvere i problemi più gravi e spinosi, prese a rinviarli al Consiglio europeo. L'attribuzione di funzioni di coordinamento ai Ministri degli Affari Esteri introdusse inoltre una gerarchia tra le formazioni consiliari sconosciuta al diritto comunitario [52]. Si assistette, nell'insieme, a un pro-

---

[48] Così N. PARISI, *Conferenze al vertice e Consiglio europeo*, cit., p. 51.

[49] La metafora è estrapolata da A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 250. Si è detto di opinione contraria C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 5, il quale ha anzi notato nel 1997 che "*(...) il tempo ha dimostrato non fondata [la preoccupazione] di alterazione degli equilibri istituzionali disegnati dai trattati istitutivi*"; al contrario, ne è risultato "*(...) favorito complessivamente il processo di approfondimento dell'integrazione fra gli Stati membri*".

[50] C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 10 ss.; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 39 s.; L. TINDEMANS, *Le Conseil européen: un premier bilan, quelques réflexions*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2, *La construction européenne*, Paris-Bruxelles, 1979, p. 175; C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 145 s.; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 252 s.; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 239 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 59.

[51] R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 40 s.; L. TINDEMANS, *Le Conseil européen*, cit., p. 175; C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 146 s.; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 240 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 59.

[52] C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 9 s.; R.H. LAUWAARS, *The European*

© Wolters Kluwer Italia

gressivo logoramento dell'efficacia dei processi decisionali, che finirono per discostarsi significativamente dal disegno originario [53].

Le ascese di Margaret Thatcher nel Regno Unito (1979), di François Mitterrand in Francia (1981) e di Helmut Kohl in Germania Occidentale (1982) consolidarono ancora di più nel Consiglio europeo la sintesi tra istanze economiche e identità politica, che i nuovi *leader* assecondarono tempestivamente. Soprattutto nella instaurazione dello SME, esso si confermò adatto a conciliare i tecnicismi monetari con le strategie di lungo periodo delle Comunità [54]. La regolarità delle sessioni (passate dalle sette totali del 1961-74 alle tre annuali dal 1975 in poi) favorì nei Capi di Stato e di Governo sia la socializzazione, sia lo sviluppo di un senso di appartenenza sovranazionale. Il contatto frequente permise di coordinare le risposte alle congiunture emergenziali del periodo e di preservare la solidarietà europea dalle spinte degli interessi nazionali [55].

4. Il riconoscimento. Organo di indirizzo e motore principale dell'integrazione

Nella lunga stagione di transizione verso il nuovo millennio, iniziata negli anni Ottanta del secolo scorso, l'integrazione europea ha conosciuto una metamorfosi strutturale che ne ha ridemarcato i confini. Nel passaggio da un progetto a trazione prevalentemente economica a un'architettura politica complessa e stratificata, il Consiglio europeo, segnando un passo in avanti decisivo, ha saputo gradualmente imporsi quale vero baricentro costituzionale e motore propulsivo dell'Unione [56]. Tale fase cruciale, caratterizzata da *leadership* di alto profilo e

---

Council, cit., pp. 29 e 41 s.; L. TINDEMANS, *Le Conseil européen*, cit., p. 175; C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 143; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 251; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 241; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 12.

[53] Cfr. in proposito ampiamente C. BALDI, *Istituzionalizzazione dei vertici*, cit., p. 143 ss.; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 251; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 239 ss.

[54] P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE*, cit., p. 708.

[55] E. MOURLON DRUOL, *Regional Integration and Global Governance: The Example of the European Council (1974-1986)*, in *Cahiers IRICE*, 1/2012, p. 93 ss.

[56] Cfr. in merito J.P. JACQUÉ - D. SIMON, *The Constitutional and Juridical Role of the European Council*, in J.M. HOSCHEIT - W. WESSELS (eds.), *The European Council 1974-1986*, cit., p. 105 ss.; F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council in the Institutional Framework of the European Union: Consequences for the European Integration Process*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 55 ss.

© Wolters Kluwer Italia

da una intensa successione di riforme, ha rappresentato il terreno di scontro e di amalgama tra le aspirazioni di stampo federalista e la tenace persistenza del metodo intergovernativo [57]. Protagonista della trasformazione fu la c.d. "generazione del 1989", concetto storiografico e sociologico coniato da Wolfgang Wessels per descrivere la classe dirigente improntata alla visione del Presidente Mitterrand, del Cancelliere Kohl e del Primo Ministro Thatcher [58]. In ideale continuità con i propri predecessori, costoro individuarono infatti proprio nelle riunioni dei Capi di Stato e di Governo l'arena di elezione per regolare e dirigere i mutamenti del continente europeo; è in questa sede, pur priva da principio di una formale istituzionalizzazione, che maturarono gli impulsi politici necessari a prefigurare il futuro assetto comunitario e le successive revisioni dei Trattati [59].

Due furono gli incontri di rilievo in tal senso: il Consiglio europeo di Stoccarda del 17-19 giugno 1983 e il Consiglio europeo di Milano del 28-29 giugno 1985.

Durante la riunione di Stoccarda si riuscì finalmente ad approvare la Dichiarazione solenne sull'Unione europea, un atto di grande valore simbolico adottato su proposta italiana e tedesca, per il quale il Consiglio europeo (composto dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri e dal Presidente della Commissione, assistiti dai Ministri degli Affari Esteri degli Stati membri e da un membro della Commissione) nella prospettiva dell'Unione europea "*provides a general political impetus to the construction of Europe*", "*defines approaches to further the construction of Europe and issues general political guidelines for the European Communities and European Political Cooperation*", "*deliberates upon matters concerning European Union in its different aspects with due regard to consistency among them*", "*initiates cooperation in new areas of activity*" e "*solemnly expresses the common position in questions of external relations*" [60]. Delineando altresì la dupli-

[57] Oltremodo incisivo al riguardo è B. de Witte, *The Question of the Treaty Architecture: 1957-2007*, in A. Ott - E. Vos (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, The Hague, 2009, p. 9 ss.

[58] V. W. Wessels, *The European Council*, London-New York, 2016, p. 48 ss. Ha impiegato il concetto affine di "*leadership* di Maastricht" nel riferirsi a quelle stesse persone D. Dinan, *Ever Closer Union? An Introduction to European Integration*, III ed., Boulder, 2005, p. 105 ss.

[59] Messi bene in luce, tra gli altri, da R. Pérez Bustamante - J. Guinea Bonillo - R. Ruiz Salces, *Los Consejos europeos (1961-2022). Una reconstrucción de la historia de las Comunidades y de la Unión europea desde las Cumbres y los Consejos europeos*, Santander, 2022.

[60] Punti 2.1.1. e 2.1.2. della *Solemn Declaration on European Union (Stuttgart,*

© Wolters Kluwer Italia

ce natura giuridica che lo avrebbe caratterizzato per anni, si stabiliva che quando il Consiglio europeo fosse intervenuto in materie rientranti nell'ambito delle competenze delle Comunità europee, esso avrebbe agito in qualità di Consiglio ai sensi dei Trattati [61].

In questo medesimo contesto riemersero le istanze di matrice federalista sostenute da Altiero Spinelli, il quale spinse il Parlamento europeo ad adottare, il 14 febbraio 1984, il suo Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea [62]. Sebbene i Governi nazionali non fossero ancora inclini a una cessione di sovranità così radicale, il fermento intellettuale generato da Spinelli culminò nel citato Consiglio europeo di Milano del 1985. In tale occasione l'Italia si fece promotrice di una modifica dei Trattati basata sull'art. 236 TCEE, procedimento mai utilizzato prima di allora [63].

La Conferenza intergovernativa convocata sulla scorta di tale iniziativa portò alla stesura dell'Atto Unico europeo, firmato a Lussemburgo e a L'Aia il 17 e il 28 febbraio 1986 [64]. Quest'ultimo, senza ricalcare integralmente la soluzione di Spinelli, ebbe il merito di comporre le diverse anime politiche del tempo e di consentire la revisione di Trattati fino ad allora ritenuti immodificabili. Sotto il profilo giuri-

---

19 June 1983), p. 3, presente sul sito *www.cvce.eu*. La Dichiarazione solenne di Stoccarda del 1983 è pubblicata inoltre in appendice alle *Session of the European Council, Stuttgart, 17 to 19 June 1983, Conclusions*, p. 9 ss., sul sito *www.consilium.europa.eu*.

[61] Punto 2.1.3. della *Solemn Declaration on European Union (Stuttgart, 19 June 1983)*, cit., p. 4.

[62] PARLAMENTO EUROPEO, *Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea*, Lussemburgo, 1984. Per gli art. 31 e 32, par. 1, del Progetto, il Consiglio europeo riuniva i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione e il Presidente della Commissione. Formulava raccomandazioni, nominava il Presidente della Commissione, decideva sull'ampliamento delle competenze dell'Unione e manteneva un dialogo con il Parlamento europeo, al quale rispondeva periodicamente. V. al riguardo J. LODGE, *European Union and the First Elected Parliament: The Spinelli Initiative*, in *JCMS*, 4/1984, p. 378 ss.; F. CAPOTORTI - M. HILF - F. JACOBS - J.P. JACQUÉ, *Le Traité d'Union européenne. Commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 Février 1984*, Bruxelles, 1985, p. 120 ss.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 19.

[63] Cfr. le *Conclusions of the European Council, Milan, June 28-29, 1985*, p. 1 s., sul sito *www.consilium.europa.eu*. Ai sensi dell'art. 236 TCEE, il Governo di qualsiasi Stato membro o la Commissione avevano la facoltà di proporre modifiche al Trattato. Dopo aver ottenuto il parere favorevole del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, veniva convocata una Conferenza tra i rappresentanti degli Stati membri per concordare gli emendamenti. Questi entravano in vigore dopo la ratifica di tutti gli Stati membri in conformità alle rispettive procedure costituzionali.

[64] In G.U.C.E. L169 del 29 giugno 1987, p. 1 ss. La rapidità fu resa possibile dall'intenso dibattito avvenuto nel Consiglio europeo di Lussemburgo del 2-3 dicembre 1985, quando i *leader* blindarono gli aspetti cruciali della riforma che non sarebbero più stati rinegoziati.

© Wolters Kluwer Italia

dico, l'Atto Unico fornì la prima codificazione ufficiale del Consiglio europeo; lo inserì però tra le "Disposizioni comuni" del Titolo I, all'art. 2, anziché tra le istituzioni comunitarie, con una ambiguità prudente e voluta per non compromettere l'equilibrio tra le istituzioni suddette, che necessitavano di un impulso esterno ma dovevano mantenere la propria autonomia operativa [65]. Se ne desume che l'art. 2 AUE, accettando come un fatto acquisito il processo di alterazione della struttura delle Comunità risalente ai Vertici, avesse qualificato il Consiglio europeo come una riunione permanente di organi di governo degli Stati Parte dell'Atto Unico, sottoposte al diritto internazionale, per il cui tramite poteva realizzarsi un collegamento tra il sistema delle istituzioni comunitarie e il regime organizzato della cooperazione politica, cioè tra i due strumenti che avrebbero dovuto porre in essere la menzionata "prospettiva dell'Unione" nell'ottica della Dichiarazione solenne di Stoccarda del 1983 [66]. Il Consiglio europeo, pertanto, massimo organo della cooperazione intergovernativa, era una conferenza dei Capi di Stato e di Governo con il Presidente della Commissione (sempre assistiti dai Ministri degli Affari Esteri e da un membro della Commissione) operante tramite il *consensus* (che si forma senza bisogno di votare, quando nessuno dei membri si oppone al testo presentato dal Presidente), al cui interno, con la discrezionalità e la libertà di azione più ampie, si assumevano tutte le decisioni politiche (di promozione, di orientamento e di anticipazione delle grandi scelte), anche sullo sviluppo delle Comunità, riflettendo le tensioni intrinseche agli Stati membri e i mutamenti del clima politico nazionale [67]. L'art. 31 AUE, inoltre, sottrae-

---

[65] V. F. Capotorti, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, in *Riv. dir. intern*., 1/1988, p. 9 ss.

[66] Così F. Capotorti, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, cit., pp. 13 s. e 21; C. Curti Gialdino, *Consiglio europeo*, cit., pp. 1 s. e 4; C.R. Carchidi, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 60 s.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 21.

[67] F. Capotorti, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, cit., pp. 12 e 14; C. Zanghì, *Consiglio europeo*, cit., p. 389; Y.S. Rittelmeyer, *The Institutional Consecration of the European Council: Symbolism Beyond Formal Texts*, in F. Foret - Y.S. Rittelmeyer (eds.), *The European Council and European Governance: The Commending Heights of the EU*, Abingdon-New York, 2014, p. 25 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 21. Durante i negoziati per l'Atto Unico europeo si scelse di non formalizzare ulteriormente il ruolo del Consiglio europeo nel timore di poter sbilanciare l'assetto istituzionale troppo verso il metodo intergovernativo. La singolarità del Consiglio europeo risiedeva comunque proprio nella sua capacità di fungere da *forum* per questioni non ancora di competenza comunitaria ma cruciali per l'integrazione. L'Atto Unico, in definitiva, segnò l'avvio di un processo in cui queste riunioni esterne al TCECA, al TCEE e al TCEEA veniva-

© Wolters Kluwer Italia

va alla competenza della Corte di giustizia le disposizioni del Titolo I, per cui nei confronti degli atti del Consiglio europeo (assimilabili agli accordi in forma semplificata o preliminari alla emanazione di provvedimenti non obbligatori, come le "dichiarazioni di intenti", i "programmi" e le "raccomandazioni") non era possibile esperire i normali rimedi giurisdizionali [68].

L'accelerazione scaturita dai mutamenti geopolitici verificatisi tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta (la caduta del Muro di Berlino; la riunificazione tedesca; la dissoluzione dell'Unione Sovietica; le guerre jugoslave), così come i contenuti del Pacchetto Delors I, trovarono compimento nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 [69]. Con tale Accordo le Alte Parti Contraenti istituivano tra loro una "Unione europea" (art. A, co. 1, TUE) alla quale il Consiglio europeo, suprema istanza della cooperazione intergovernativa e dell'integrazione comunitaria realizzate nell'Unione stessa, dava "*(...) l'impulso necessario al suo sviluppo (...)*", e ne dettava "*(...) gli orientamenti politici generali*" [70]. Assumendo la medesima composizione indicata dall'Atto Unico, doveva presentare al Parlamento europeo una relazione dopo ciascuna delle sue riunioni, calendarizzate almeno due volte l'anno "*(...) sotto la Presidenza del Capo di Stato o di Governo dello Stato membro che esercita la Presidenza del Consiglio*", nonché una relazione scritta annuale sui progressi compiuti dall'Unione [71]. A ciò

---

no gradualmente ricondotte e integrate all'interno delle regole comunitarie (J. DE RUYT, *L'Acte unique européen. Commentaire*, Bruxelles, 1989, p. 110 s.).

[68] F. CAPOTORTI, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, cit., p. 9 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 389.

[69] In G.U.C.E. C191 del 29 luglio 1992, p. 1 ss. L'insieme di proposte elaborate dal Presidente della Commissione Jacques Delors e noto come "Pacchetto Delors I" (comunicazione della Commissione al Consiglio "*Portare l'Atto unico al successo: una nuova frontiera per l'Europa*", doc. COM(1987)100 def. del 15 febbraio 1987) riguardava la necessità di dotare le Comunità di risorse adeguate alla messa in opera delle riforme indispensabili alla concretizzazione dell'Atto Unico europeo. V. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 25.

[70] Art. D, co. 1, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Maastricht. C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 390, osserva come, durante i lavori preparatori del Trattato di Maastricht, a fronte della posizione favorevole della Francia e della maggioranza degli altri Stati membri, i Paesi Bassi e la Commissione si erano opposti all'inserimento del Consiglio europeo nel testo del Trattato, temendo che il suo peso politico marginalizzasse i piccoli Stati e la Commissione stessa. V. altresì C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 3; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 28.

[71] Art. D, co. 2 e 3, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Maastricht. Cfr. H.J. GLAESNER, *The European Council*, cit., p. 101 ss.; D. MACRAE, *Institutional and Decision-Making Changes*, in D. O'KEEFFE - P.M. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 171 ss.; W. NICOLL, *Representing the States*, in A. DUFF - J. PENDER - R. PRYCE (eds.), *Maastricht and Beyond. Building the Euro-*

© Wolters Kluwer Italia

andavano aggiunte varie altre disposizioni che lo rendevano un interlocutore tanto nella politica economica e monetaria (art. 102 A, 103, par. 2, co. 1 e 2, e 109B, par. 3, co. 1, TCE), quanto nella politica estera e di sicurezza comune (PESC) (art. J3, n. 1, e J4, par. 6, TUE), rispetto alla quale fissava i princìpi e gli orientamenti generali (art. J8, par. 1 e 2, TUE) [72]. Nulla si precisava rispetto alla formazione della volontà, lasciata ancora alla regola del *consensus* [73]. L'art. L TUE, al pari del richiamato art. 31 AUE, sottraeva le delibere del Consiglio europeo al sindacato della Corte di giustizia [74]. Un controllo giurisdizionale indiretto doveva tuttavia ritenersi ammesso perlomeno nei casi in cui gli orientamenti del Consiglio europeo fossero stati tradotti dal Consiglio in atti di diritto comunitario. In tali circostanze, ai sensi dell'art. M TUE, la Corte poteva infatti valutarne incidentalmente la legittimità, essendo tra l'altro decisivi, al riguardo, non l'apparenza e la provenienza del provvedimento, bensì il suo contenuto e i suoi effetti [75].

Il Trattato di Maastricht mutò profondamente la natura del Consiglio europeo. In quanto "*(...) organo collegiale di una unione di Stati, competente a porre in essere atti o fatti imputabili all'unione (...)*", non lo aveva reso una "istituzione", ma lo aveva associato, da un punto di vista politico e pratico, al "quadro istituzionale unico" dei tre pilastri dell'Unione europea di cui all'art. C TUE e lo aveva distinto dal "Con-

---

pean Union, London-New York, 1994, p. 190 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 2; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 390; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 29 s.; Y.S. RITTELMEYER, *The Institutional Consecration of the European Council*, cit., p. 29; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 24 ss.

[72] C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 3 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 390 s. A proposito della politica monetaria, v. anche l'art. 15.3 del Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, e l'art. 11.3 del Protocollo sullo Statuto dell'Istituto monetario europeo allegati al TCE.

[73] C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 3.

[74] Ad esempio, a proposito dell'annullamento della Dichiarazione del Consiglio europeo del 29 ottobre 1993 che avrebbe prodotto l'effetto di rendere nota ai cittadini della Comunità l'entrata in vigore del TUE il 1° novembre 1993, v. Trib. CE, ord. 14 luglio 1994, T-584/93, *Roujansky* c. *Consiglio*, punti 12-14; ord. 14 luglio 1994, T-179/94, *Bonnamy* c. *Consiglio*, punti 11-13; nonché C. giust. CE, 13 gennaio 1995, C-253/94P, *Roujansky* c. *Consiglio*, punto 11; 13 gennaio 1995, C-264/94P, *Bonnamy* c. *Consiglio*, punto 11. Cfr. altresì Trib. CE, ord. 17 dicembre 2003, T-346/03, *Krikorian e altri* c. *Parlamento, Consiglio e Commissione*, punto 17, sull'atto del Consiglio europeo del 10-11 novembre 1999 che aveva riconosciuto alla Turchia lo *status* di Paese candidato all'adesione, dal quale non poteva sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità.

[75] Cfr. in argomento R. ADAM, *"Roujansky e Bonnamy c. Consiglio dell'Unione europea", ovvero il ruggito del topo ...*, in *Dir. Un. eur.*, 2/1996, p. 307 ss.

© Wolters Kluwer Italia

siglio riunito nella composizione dei Capi di Stato e di Governo" chiamato dagli art. 109J, par. 2-4, e 109K, par. 2, TCE a emettere una serie di decisioni sul passaggio alla terza fase dell'UEM [76]. In seguito, la creazione del Gruppo di riflessione, presieduto da Carlos Westendorp e voluto dal Consiglio europeo di Corfù del 24-25 giugno 1994, diede avvio al c.d. "*acquis* conferenziale", ossia a un insieme di procedure, formali e informali, capaci di trasformare progressivamente le Conferenze intergovernative in vere e proprie "quasi-istituzioni" sotto la costante direzione dei Capi di Stato e di Governo [77]. In questa fase, il Consiglio europeo divenne "regista" e "ispiratore" delle riforme dei Trattati, a tutela delle diverse sensibilità politiche nazionali [78].

Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, pur introducendo alcune singolari novità, non cambiarono la sostanza dell'assetto normativo sul Consiglio europeo [79]. Ne reiterarono pertanto la funzione generale e l'organizzazione tradizionale nell'art. 4 TUE, nonché le attribuzioni concernenti sia la politica economica e monetaria (art. 99, par. 2, e 113, par. 3, co. 1, TCE), sia la PESC (art. 13 e 17 TUE) [80]. Al tempo stesso, stabilirono che il Consiglio europeo avrebbe esaminato annualmente la situazione

---

[76] H.J. GLAESNER, *The European Council*, cit., p. 101 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo*, cit., p. 2; C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., pp. 31 e 63 ss. La pianificazione era comunque provenuta dal Consiglio europeo: v. J.V. LOUIS, *L'évolution du Conseil européen à la lumière de la réalisation de l'Union économique et monetaire*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, 1999, p. 253 ss.

[77] V. il punto IV delle *European Council, Corfù, 24 and 25 June 1994, Conclusions of the Presidency*, p. 18, pubblicate sul sito *www.consilium.europa.eu*. Il Gruppo di riflessione fu fondamentale per la Conferenza intergovernativa del 1996. Composto da rappresentanti dei Ministri degli Affari Esteri degli Stati membri e del Presidente della Commissione, e da due rappresentanti del Parlamento europeo, aveva il compito di analizzare l'andamento generale del Trattato di Maastricht e di preparare le riforme necessarie per i futuri allargamenti dell'Unione. I Capi di Stato e di Governo acquisirono pertanto la "guida permanente" nel processo di revisione dei Trattati.

[78] V. T. CHRISTIANSEN - C. REH, *Constitutionalizing the European Union*, Basingstoke-New York, 2009, p. 87; D. BLANC, *Le Conseil européen et la révision des Traités (1972-2022)*, in D. BLANC (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*, cit., p. 111 ss.

[79] Per i testi del Trattato di Amsterdam e del Trattato di Nizza v., rispettivamente, G.U.C.E. C340 del 10 novembre 1997, p. 1 ss. e G.U.C.E. C80 del 10 marzo 2001, p. 1 ss.

[80] C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., pp. 71 ss. e 77 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, *Aggiornamento*, vol. XVI, Roma, 2008, p. 1 s.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 28 s.

© Wolters Kluwer Italia

dell'occupazione nella Comunità e adottato le conclusioni del caso, in virtù delle quali il Consiglio avrebbe dovuto elaborare appositi orientamenti per gli Stati membri [81]. Resero altresì il Consiglio europeo una istanza di appello del Consiglio, affidandogli compiti di arbitraggio politico da perfezionare con votazione all'unanimità (i cui risultati erano passibili di controllo giurisdizionale indiretto) in riferimento a disposizioni sulla PESC, dinanzi a specificati e importanti motivi che avessero indotto uno Stato membro a opporsi all'adozione di decisioni a maggioranza qualificata [82]; e a disposizioni sulla cooperazione rafforzata, a vantaggio dello Stato membro contrario al rilascio dell'autorizzazione a instaurarla [83].

In aggiunta alla variazione logistica e simbolica sul luogo di svolgimento delle riunioni [84], il Rapporto Solana stilato nel 2002 contribuì alla razionalizzazione del metodo di lavoro, e insistette affinché le questioni tecniche o settoriali ancora aperte, per evitare derive incongrue e deleterie, potessero essere sciolte ai livelli inferiori senza sovraccaricare indebitamente i Capi di Stato e di Governo [85]. Tali raccomandazioni, recepite dal Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, imposero una maggiore disciplina procedurale, con sessioni limitate di norma a una singola giornata, tempi di parola regolamentati e concisione dei documenti finali [86].

---

[81] Art. 128 TCE, nella versione derivante dal Trattato di Amsterdam e dal Trattato di Nizza. Cfr. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 115 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo (postilla di aggiornamento)*, cit., p. 2.

[82] Art. 23, par. 2, co. 2, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Amsterdam e dal Trattato di Nizza. Cfr. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 87; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo (postilla di aggiornamento)*, cit., p. 2.

[83] Art. 23, par. 2, co. 2, e 40, par. 2, co. 2, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Amsterdam; art. 11, par. 2, co. 2, TCE, nella versione derivante dal Trattato di Amsterdam e dal Trattato di Nizza; art. 27, par. 2, e 40A, par. 2, co. 2, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Nizza. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo (postilla di aggiornamento)*, cit., p. 2 s.

[84] V. in tal senso, la Dichiarazione n. 22 relativa al luogo di riunione dei Consigli europei, allegata al Trattato di Nizza, nonché C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 38 ss.

[85] Nel suo Rapporto "*Preparing the Council for Enlargement*" dell'11 marzo 2002, illustrato in occasione del Consiglio europeo di Barcellona del 15-16 marzo 2002, l'Alto Rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune Javier Solana muoveva infatti dall'assunto per cui "*(...) [the European Council] is increasingly asked to spend time on laborious low-level drafting work which adversely affects normal Community procedures*". Cfr. P. DE SCHOUTHEETE - H. WALLACE, *The European Council*, Groupement d'Études et de Recherches "Notre Europe", *Research and European Issues*, No. 19, Paris, 2002, p. 11 ss.

[86] V. in merito le *Presidency Conclusions, European Council Seville, 21 and 22*

© Wolters Kluwer Italia

Il percorso finora analizzato, snodatosi tra il pragmatismo informale degli anni Ottanta e le riforme costituzionali del decennio successivo, ha consentito l'integrazione della prassi intergovernativa nell'ordinamento delle Comunità e dell'Unione europea. Abbandonato il carattere di "*club* privato", il Consiglio europeo venne a dotarsi di una fisionomia "professionale", di una struttura rigorosa, prevedibile e disciplinata [87]. Questo processo di "istituzionalizzazione di fatto", le cui fondamenta sono state gettate nei decenni di crisi e di compromessi che hanno preceduto il nuovo millennio, ha anticipato la formalizzazione operata dal Trattato di Lisbona. Il Consiglio europeo si è in tal modo rivelato l'unico soggetto idoneo a orientare una Unione sempre più vasta e diversificata.

5. La consacrazione. Una istituzione centrale e permanente nell'ordinamento dell'Unione europea alla prova delle sfide più recenti

Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ha eretto il Consiglio europeo al rango di istituzione dell'Unione [88]. Compare infatti ormai nell'elenco dell'art. 13, par. 1, co. 2, TUE insieme al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Commissione, alla Corte di giustizia, alla Banca centrale europea e alla Corte dei conti, in uno schema analogo a quello appartenuto già all'art. I-19, par. 1, co. 2, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 [89]. An-

---

June 2002, Annex I, *Rules for Organising the Proceedings of the European Council*, p. 30 ss., reperibili sul sito *www.consilium.europa.eu*. Cfr. per maggiori dettagli C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 90 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Consiglio europeo (postilla di aggiornamento)*, cit., p. 1 s.; F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 74 ss.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 32.

[87] Cfr. P. DE SCHOUTHEETE, *Forces et faiblesses du Conseil européen*, in G. VANDERSANDEN - A. DE WALSCHE (édité par), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Bruxelles, 2003, p. 109 ss.; D. LASSALLE - N. LEVRAT, *Un triangle à quatre côtés: l'équilibre institutionnel et le Conseil européen*, in *Rev. int. eur.*, 4/2004, p. 431 ss.; D. CURTIN, *Executive Power of the European Union: Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford, 2009, p. 69 ss.

[88] Il Trattato di Lisbona è consultabile in G.U.U.E. C306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss.

[89] In G.U.U.E. C310 del 16 dicembre 2004, p. 3 ss. V. al riguardo A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2-3/2003, p. 249 ss.; P. PONZANO, *La riforma delle istituzioni europee nel nuovo Trattato costituzionale*, in *Dem. dir.*, 1/2004, p. 179 ss.; J. WERTS, *The Unstoppable Advance of the European Council*, in D. CURTIN - A.E. KELLERMANN - S. BLOKMANS (eds.), *The EU Constitution:*

© Wolters Kluwer Italia

ch'esso, dunque, mira a promuovere i valori dell'Unione, a "*(...) perseguirne gli obiettivi, servire i suoi interessi, quelli dei suoi cittadini e quelli degli Stati membri, garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni*" [90]. La collocazione suddetta impone al Consiglio europeo l'osservanza dei princìpi dell'equilibrio istituzionale e della leale collaborazione: deve pertanto agire nei soli limiti delle competenze conferitegli dai Trattati, rispettando le prerogative delle restanti istituzioni dell'Unione e astenendosi da condotte che ne ostacolino l'attività, a garanzia di un corretto e fluido svolgimento del processo decisionale [91].

Il Consiglio europeo è vincolato al rispetto del principio di legalità. A tale fine, l'art. 263, co. 1, TFUE sottopone al controllo di legittimità della Corte di giustizia i suoi atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi per vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, nonché per sviamento di potere. Il ricorso può essere esperito da soggetti privilegiati (Stati membri, Parlamento europeo, Consiglio, Commissione), intermedi (Corte dei Conti, Banca centrale europea, Comitato delle Regioni) e non privilegiati (persone fisiche o giuridiche che abbiano, e dimostrino di avere, interesse diretto e individuale) [92]. Sono invece sottratti al sindacato di legittimità gli atti adottati dai rappresentanti degli Stati membri riuniti fisicamente nell'ambito di una delle istituzioni dell'Unione e che agiscono non come componenti del Consiglio europeo, bensì nella loro qualità di Capi di Stato o di Governo degli Stati membri dell'Unione [93].

The Best Way Forward?, The Hague, 2005, p. 297 ss.; C.R. Carchidi, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 45 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 32 ss.

[90] Art. 13, par. 1, co. 1, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona.

[91] Art. 13, par. 2, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona.

[92] Art. 263, co. 2-4, TFUE. Cfr. in merito Trib. UE, ord. 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF* c. *Consiglio europeo*, punto 43; ord. 28 febbraio 2017, T-193/16, *NG* c. *Consiglio europeo*, punto 44; ord. 28 febbraio 2017, T-257/16, *NM* c. *Consiglio europeo*, punto 42; ord. 28 febbraio 2017, T-834/16, *QC* c. *Consiglio europeo*, punto 27. Malgrado i compiti del Consiglio europeo siano prevalentemente di indirizzo politico (e dunque, per definizione, non legislativi), la possibilità che esso adotti atti con valenza esterna obbligatoria ha reso necessario un presidio giurisdizionale. Tuttavia, la prassi evidenzia come l'applicazione di tale disposizione rimanga confinata a scenari eccezionali, essendo rari gli atti del Consiglio europeo che si configurano come precetti giuridici puntuali.

[93] C. giust. CE, 30 giugno 1993, C-181/91 e C-248/91, *Parlamento* c. *Consiglio e Commissione*, punto 12. Non è stata considerata un atto adottato dal Consiglio europeo, ma un accordo internazionale concluso informalmente (sulla cui valutazione ai fini dell'annullamento il Tribunale ha affermato di non potersi esprimere per incompe-

© Wolters Kluwer Italia

La piena integrazione istituzionale comporta, eventualmente, anche il ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE. Se il Consiglio europeo, in violazione dei Trattati, si astiene dall'adottare una decisione o dal pronunciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni possono adire la Corte quando sussista un obbligo giuridico di agire non condizionato da pura discrezionalità. I privati possono attivare la procedura a condizione che l'atto omesso dovesse essere emanato nei loro confronti e non costituisse una raccomandazione o un parere [94]. Tale scenario genera un paradosso processuale e politico di difficile risoluzione per lo Stato membro che volesse promuovere il giudizio, poiché questo andrebbe a rivolgersi contro una istituzione della quale il proprio Capo di Stato o di Governo è parte integrante. Le ipotesi di scuola rimangono perciò confinate a situazioni di gravissima crisi del sistema, configurandosi come strumenti di *extrema ratio* per la salvaguardia del funzionamento dell'Unione [95].

Sul piano della cooperazione giudiziaria, l'art. 267 TFUE estende la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia agli atti del Consiglio europeo. I giudici nazionali possono o devono interrogarla sulla interpretazione dei Trattati, nonché sulla validità e sulla interpretazione dei provvedimenti adottati da tale istituzione [96]. Restano tuttavia esclusi dal rinvio pregiudiziale di validità, analogamente a quanto avviene per il ricorso di annullamento, quegli atti che non producono effetti

---

tenza), la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016: v. Trib. UE, ord. 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF* c. *Consiglio europeo*, cit., punti 70-73; ord. 28 febbraio 2017, T-193/16, *NG* c. *Consiglio europeo*, cit., punti 71-74; ord. 28 febbraio 2017, T-257/16, *NM* c. *Consiglio europeo*, cit., punti 69-72; ord. 28 febbraio 2017, T-834/16, *QC* c. *Consiglio europeo*, cit., punti 32-35. C. giust. UE, ord. 12 settembre 2018, C-208/17P, C-209/17P e C-210/17P, *NF e altri* c. *Consiglio europeo*, punto 30, ha definito irricevibili le relative impugnazioni. Cfr. al riguardo G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 100 s.; S. BARBIERI, *"*A margine*" del Consiglio europeo. I vertici e le riunioni informali dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri dopo il Trattato di Lisbona: problemi di (dis)equilibrio istituzionale?*, in *Quad. AISDUE*, 3/2024, p. 18 ss.

[94] Art. 265, co. 1 e 3, TFUE. Irricevibile, e in ogni caso manifestamente infondato, è stato giudicato il ricorso in carenza proposto da un membro del Senato della Repubblica Ceca diretto a far dichiarare che il Consiglio europeo aveva illegittimamente omesso di escludere il Primo Ministro di tale Stato Andrej Babiš, a causa di un asserito conflitto di interessi, dalla propria riunione del 20 giugno 2019 e da quelle successive vertenti sui negoziati relativi alle prospettive finanziarie: così Trib. UE, ord. 17 febbraio 2020, T-715/19, *Wagenknecht* c. *Consiglio europeo*, punti 35-37 e 39. Sulla impugnazione (in parte manifestamente inammissibile e in parte manifestamente infondata) v. C. giust. UE, ord. 14 aprile 2021, C-504/20P, *Wagenknecht* c. *Consiglio europeo*, punto 54.

[95] G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 99.

[96] Art. 267, co. 1-3, TFUE.

© Wolters Kluwer Italia

giuridici vincolanti o che appartengono alla sfera strettamente politica dei rapporti intergovernativi [97].

L'art. 269 TFUE, inoltre, consente alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità di un atto di constatazione emesso dal Consiglio europeo a norma dell'art. 7 TUE, relativo alla violazione dei valori fondamentali dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, su domanda dello Stato membro oggetto della constatazione stessa. L'esame è rigorosamente limitato al rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale. La restrizione riflette la cautela nel bilanciare la necessità di una supervisione legale con la natura eminentemente politica delle decisioni assunte in simili occasioni dai Capi di Stato e di Governo [98].

L'art. 15, par. 2, TUE dispone che il Consiglio europeo è oggi composto "*(...) dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione*", mentre l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza "*partecipa ai lavori*" [99]. Il Presidente del Parlamento europeo può essere invitato alle riunioni per essere ascoltato [100]. La determinazione di chi debba essere il rappresentante di uno Stato membro (tra il Capo di Stato e il Capo di Governo), purché democraticamente responsabile dinanzi al Parlamento del suo Stato o ai suoi cittadini (art. 10, par. 2, co. 2, TUE), è demandata alle singole Costituzioni nazionali, risolvendosi così a monte il problema della legittimazione esecutiva interna [101].

---

[97] Per C. giust. UE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, punti 30-37, la Corte di giustizia, in base all'art. 267, co. 1, lett. b), TFUE, è competente a esaminare la validità degli atti del Consiglio europeo in quanto istituzione dell'Unione. Tale sindacato si estende alle decisioni adottate nell'ambito della procedura di revisione semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona (nella specie, alla decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'art. 136 TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro), allo scopo di verificare il rispetto delle condizioni poste. In particolare, spetta alla Corte accertare l'osservanza delle regole procedurali, la limitazione degli emendamenti alla sola Parte Terza del TFUE e l'assenza di estensioni delle competenze attribuite all'Unione. Cfr. P. Craig, Pringle *and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2/2013, p. 263 ss.

[98] La domanda deve essere formulata entro il termine di un mese a decorrere dalla constatazione e la Corte di giustizia deve statuire entro un mese dalla data della domanda (art. 269, co. 2, TFUE).

[99] U. Draetta, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona*, in *St. int. eur.*, 1/2009, p. 8; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 43.

[100] Art. 235, par. 2, TFUE.

[101] La norma, come si sa, utilizza questa formula "flessibile" e include entrambe le cariche per permettere a ogni Stato membro di inviare la persona che detiene effet-

© Wolters Kluwer Italia

La composizione ristretta, non casuale, risponde alla stessa filosofia dei Vertici del passato e all'obiettivo, mai venuto meno, di mantenere un carattere "intimo" e riservato, condizione indispensabile per permettere ai *leader* di negoziare pacchetti politici complessi e di sbloccare *dossier* paralizzati nelle sedi tecniche o ministeriali [102]. In questa ottica di snellezza decisionale si inquadra la tendenza, consolidatasi sotto la Presidenza di Herman van Rompuy (2009-14), di interpretare in modo restrittivo la possibilità per i Capi di Stato e di Governo di farsi assistere ciascuno da un ministro (art. 15, par. 3, TUE). La loro presenza è ammessa "*se l'ordine del giorno lo richiede*", ovvero quando talune questioni necessitino effettivamente di un contributo più tecnico [103]. L'orientamento prevalente è stato tuttavia quello di escludere la componente ministeriale e di mantenere il numero dei partecipanti al minimo. Se ciò ha garantito l'agilità del confronto, ha generato anche tensioni negli ordinamenti nazionali i cui Ministri degli Affari Esteri hanno competenze particolarmente radicate o i cui Governi di coalizione richiedono una rappresentanza plurale [104].

La partecipazione del Presidente della Commissione (il quale, se lo ritiene opportuno, sempre in base all'ordine del giorno, può farsi assistere da un commissario) riflette la posizione di primazia specificata dall'art. 17, par. 6, co. 1, TUE [105]. L'Atto Unico europeo prima, e il

---

tivamente il potere esecutivo. Attualmente, gli Stati membri che partecipano al Consiglio europeo con il proprio Capo di Stato (in quanto hanno sistemi presidenziali o semipresidenziali nei quali il Presidente o è titolare del potere esecutivo o ha la gestione della politica estera) sono Cipro, l'Estonia, la Francia e la Romania. Trib. UE, 17 luglio 2020, T-715/19, *Wagenknecht* c. *Consiglio europeo*, cit., punti 35-37, ha specificato tra l'altro che il Consiglio europeo non dispone di alcun margine di manovra quando convoca i Capi di Stato e di Governo alle sue riunioni. Rientra infatti nella responsabilità degli Stati membri adottare le misure nazionali, comprese quelle di diritto costituzionale, che permettano di determinare se devono essere rappresentati dai loro rispettivi Capi di Stato o di Governo e se vi siano motivi di impedimento per uno di costoro. L'Unione europea, d'altronde, è tenuta a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (art. 4, par. 2, TFUE).

[102] Cfr. M. WESTLAKE - D. GALLOWAY, *The Council of the European Union*, III ed., London, 2004, p. 77.

[103] F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 48 s.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 56.

[104] V. H. WALLACE, *An Institutional Anatomy and Five Policy-Models*, in H. WALLACE - M.A. POLLACK - A.R. YOUNG (eds.), *Policy-Making in the European Union*, VI ed., Oxford, 2010, p. 69 ss.; Y. DOUTRIAUX - C. LEQUESNE, *Les institutions de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, VIII ed., Paris, 2011, p. 31; Y.S. RITTELMEYER, *The Institutional Consecration of the European Council*, cit., p. 37 s.; O. COSTA - N. BRACK, *Le fonctionnement de l'Union européenne*, IV ed., Bruxelles, 2025, p. 118 s.

[105] Rispetto alla Commissione, vi si afferma, egli definisce gli orientamenti po-

© Wolters Kluwer Italia

Trattato di Lisbona poi, hanno superato ogni perplessità e ne hanno consacrato la figura di garante dell'interesse comune [106]. È privo del diritto di voto; esercita però una influenza considerevole, detenendo un potere di persuasione e di iniziativa tecnica che fa da contrappeso alle spinte centrifughe dei singoli interessi nazionali. La sua presenza è una garanzia per gli Stati membri di minore dimensione, convinti così di poter essere in qualche modo "protetti" dalle tendenze egemoniche degli Stati membri più influenti [107].

Quanto all'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, tale organo monocratico, dotato di un "doppio cappello" (*double hatting*) perché incaricato contemporaneamente di dirigere la PESC quale mandatario del Consiglio (è Presidente del Consiglio "Affari Esteri") e di essere Vicepresidente della Commissione (art. 18, par. 2-4, TUE), agisce da cerniera tra le istanze intergovernative e l'apparato esecutivo dell'Unione, assicurando la coerenza dell'azione esterna in un sistema altrimenti frammentato [108].

Il Consiglio europeo si riunisce due volte a semestre (oppure, all'occorrenza, in via straordinaria) su convocazione del suo Presidente [109]. Quest'ultimo non è più il Capo di Stato o di Governo dello Stato

litici; decide l'organizzazione interna per assicurare coerenza, efficacia e collegialità dell'azione; nomina i Vicepresidenti (escluso l'Alto Rappresentante); e dispone delle dimissioni degli altri membri (incluso l'Alto Rappresentante, secondo la procedura prevista), obbligandoli a darle se le richiede.

[106] Nelle occasioni precedenti al Vertice di Parigi del 1974, si osservò una certa resistenza riguardo al coinvolgimento della Commissione, e si preferì limitarlo solo alle discussioni sui temi economici, monetari, sociali o di rafforzamento istituzionale, escludendolo invece, ad esempio, dai dibattiti sulla cooperazione politica (F. Eggermont, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 41). Questa riluttanza, in realtà, non fu completamente superata neanche dal Vertice del 1974, perché nel comunicato finale fu adoperata una formulazione sibillina che prevedeva la partecipazione della Commissione senza però specificare chi dovesse rappresentarla e in che modo potesse esercitare le proprie competenze. V. il punto 3 del *Final Communiqué of the Meeting of the Heads of Government of the Community (Paris, 9 and 10 December 1974)*, cit.: "*(...) the Commission will exercise the powers vested in it and play the part assigned to it (...)*".

[107] Cfr. G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 53 s.

[108] La partecipazione dell'Alto Rappresentante ha permesso di escludere la presenza dei singoli Ministri degli Affari Esteri, nonché di centralizzare la rappresentanza esterna e di garantire un raccordo continuo tra l'indirizzo politico strategico fissato dal Consiglio europeo e la sua attuazione operativa. Cfr. P. de Schoutheete, *El Consejo europeo*, cit., p. 76; F. Eggermont, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 49 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 55 s.

[109] Art. 15, par. 3, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona.

© Wolters Kluwer Italia

membro cui spetta a rotazione la Presidenza del Consiglio, ma è eletto a maggioranza qualificata dallo stesso Consiglio europeo per un mandato di due anni e mezzo rinnovabile una volta [110]. Le ragioni del cambiamento (risultato di un compromesso faticoso) sono oggetto di dibattito [111]. Secondo alcuni, la nuova Presidenza ha mirato a colmare le carenze di efficienza e di legittimità dell'Unione, come era emerso nel 2001-03 durante le sessioni della Convenzione sul futuro dell'Europa [112]. Altri, di contro, hanno sostenuto che l'abbiano voluta i Capi di Stato e di Governo per consolidare la propria influenza, agendo da contrappeso alla Commissione e al suo Presidente [113]. Tale timore era condiviso dalla stessa Commissione, che già nel 2002 aveva espresso forti perplessità in merito [114].

Per l'art. 15, par. 6, co. 1, TUE il Presidente "*a) presiede e anima i lavori del Consiglio europeo; b) assicura la preparazione e la continuità dei lavori del Consiglio europeo, in cooperazione con il presidente della Commissione e in base ai lavori del Consiglio "Affari generali"; c) si adopera per facilitare la coesione e il consenso in seno al Consiglio europeo; d) presenta al Parlamento europeo una relazione dopo ciascuna delle riunioni del Consiglio europeo*". Egli, inoltre,

---

[110] Art. 15, par. 5, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona.

[111] Le visioni opposte erano due: stavano, da un lato, la c.d. "proposta ABC" (dai nomi del Primo Ministro spagnolo José Maria Aznar, del Primo Ministro britannico Tony Blair e del Presidente francese Jacques Chirac), sostenuta da chi era desideroso di una Presidenza forte e visibile che desse stabilità all'Unione; dall'altro, la preoccupazione degli Stati del Benelux e di altri Stati medio-piccoli, timorosi che un Presidente stabile potesse oscurare la Commissione o diventare uno strumento nelle mani delle grandi potenze europee. V. T. BARBER, *The Appointments of Herman van Rompuy and Catherine Ashton*, in *JCMS*, 1/2010, p. 55 ss.; A.M. FERNÁNDEZ PASARÍN, *The Communautarization of the Council Presidency: Intra-institutional Dimensions and Inter-institutional Effect*, in F. FORET - Y.S. RITTELMEYER (eds.), *The European Council and European Governance*, cit., p. 94 ss.; W. WESSELS, *The European Council*, cit., p. 114; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 45 s.

[112] B. CRUM, *Accountability and Personalisation of the European Council Presidency*, in *Journ. Eur. Int*., 6/2009, p. 685 ss.; D. DINAN, *Coping with Crisis: The Role of the European Council President*, in *Fordham Intern. Law Journ*., 5/2016, p. 1230.

[113] V. in particolare P. HAROCHE, *Le président du Conseil européen: histoire d'un mythe constitutionnel*, in *RMCUE*, 538/2010, p. 277 ss.

[114] Punto 2.2.2. della comunicazione della Commissione in tema di architettura istituzionale "*Per l'Unione europea. Pace, libertà e solidarietà*", doc. COM(2002)728 def. del 4 dicembre 2002, p. 17. Cfr., per un accenno a essa, R.H. LAUWAARS, *The President of the European Council: The Beginning of the European Government?*, in J.W. DE ZWAAN - J.H. JANS - F.A. NELISSEN (eds.), *The European Union: An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, The Hague, 2004, p. 71 ss.

© Wolters Kluwer Italia

per il co. 3, "*(...) non può esercitare un mandato nazionale*". È di tutta evidenza quanto ciò permetta, in una visione di lungo periodo, non soltanto di conseguire "*longevity, stability, coherence and visibility for the Union's highest agency*", ma anche di monitorare l'evoluzione delle iniziative politiche ben oltre il circoscritto arco temporale dei sei mesi; e quanto l'incompatibilità con incarichi nazionali garantisca che il Presidente si possa dedicare esclusivamente al bene dell'Unione, operando come "mediatore" neutrale [115]. La sua autonomia, peraltro, sembra essere più apparente che sostanziale, ed è in ogni caso condizionata: privo di una propria amministrazione e dipendente dal Segretariato Generale del Consiglio, il Presidente del Consiglio europeo deve comunque muoversi in costante coordinamento con la Presidenza semestrale del Consiglio e con il Presidente della Commissione. La sua forza non risiede in poteri imperativi, ma nella capacità di persuasione e nel prestigio derivante dal supporto dei Capi di Stato e di Governo [116]. Questa ambivalenza tra le funzioni di "mediatore" e quelle di esponente istituzionale emerge con particolare criticità nell'esercizio della rappresentanza esterna, affidata dall'art. 15, par. 6, co. 2, TUE al Presidente del Consiglio europeo per le materie relative alla PESC (fatte salve le attribuzioni dell'Alto Rappresentante) e dall'art. 17, par. 1, TUE alla Commissione fatta eccezione per la PESC, che non ha mancato di ge-

[115] Il passo virgolettato è preso da J. Howorth, *The "New Faces" of Lisbon: Assessing the Performance of Catherine Ashton and Herman van Rompuy on the Global Stage*, in *Eur. For. Aff. Rev.*, 3/2011, p. 305 ss. Sugli aspetti menzionati, cfr. ampiamente U. Draetta, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 9; H. de Waele - H. Broeksteeg, *The Semi-Permanent European Council Presidency: Some Reflections on the Law and Early Practice*, in *CMLR*, 3/2012, p. 1039 ss.; Y.S. Rittelmeyer, *The Institutional Consecration of the European Council*, cit., p. 36 s.; W. Wessels, *The European Council*, cit., p. 97 ss.; I. Tömmel, *The Standing President of the European Council: Intergovernmental or Supranational Leadership?*, in *Journ. Eur. Int.*, 2/2017, p. 179 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 47 s.

[116] Così P. Culley - J. Neisse - E. Raik, *Le trio des présidences*, in V. Charléty - M. Mangenot (sous la direction de), *Le système présidentiel de l'Union européenne après Lisbonne*, Strasbourg, 2012, p. 79 ss.; Y.S. Rittelmeyer, *La présidence du Conseil européen: entre rupture et continuité*, *ivi*, p. 125 ss.; S. van Hecke - P. Bursens, *The Council Presidency and the European Council: Towards Collective Leadership*, in F. Foret - Y.S. Rittelmeyer (eds.), *The European Council and European Governance*, cit., p. 111 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 61 s.; L. Guilloud Colliat, *Le président du Conseil européen: un "homme sans qualités"?*, in D. Blanc (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*, cit., p. 132 ss.

© Wolters Kluwer Italia

nerare "zone grigie", nell'ordinamento dell'Unione, trasformatesi in terreno di scontro diplomatico [117].

Il modo di deliberazione tipico del Consiglio europeo rimane il *consensus*. Il Trattato di Lisbona ha previsto però alcuni casi di votazione a maggioranza qualificata, in cui vale la stessa definizione applicabile al Consiglio. Anche il suo Presidente, come il Presidente della Commissione, non partecipa al voto [118].

La ricognizione di diverse disposizioni sparse tra il TUE e il TFUE permette, infine, di comprendere quali competenze (non omogenee) il Consiglio europeo abbia attualmente [119]. Esso, innanzitutto, si configura come un supremo organo di indirizzo e motore dell'integrazione. Il suo scopo primario, indicato dall'art. 15, par. 1, TUE, esercitato nel rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale e dei poteri delle altre istituzioni, consiste nel dare all'Unione "*(...) gli impulsi necessari al suo sviluppo (...)*" e nel definirne "*(...) gli orientamenti e le priorità politiche generali*" [120]. L'art. 49, co. 1, TUE prevede che l'adesione dei nuovi Stati all'Unione debba avvenire tenendo conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo [121]. L'art. 50,

---

[117] Si pensi al famoso incidente c.d. del *Sofagate*, avvenuto ad Ankara il 6 aprile 2021, quando, durante l'incontro con il Presidente turco Recep Tayyip Erdoğan, la disposizione degli arredi previde solo due poltrone centrali, occupate da Erdoğan e dal Presidente del Consiglio europeo Charles Michel. La Presidente della Commissione Ursula von der Leyen, nonostante avesse il medesimo rango gerarchico di Michel, fu relegata a un divano laterale, sollevando polemiche sul coordinamento protocollare e sulla parità di genere. V. in merito O. COSTA, *La politique étrangère de l'Union au prisme du Sofagate*, in *Rev. Un. eur.*, 648/2021, p. 260 ss.; L. GUILLOUD COLLIAT, *Le président du Conseil européen: un "homme sans qualités"?*, cit., p. 139 ss.

[118] Art. 15, par. 4, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona; art. 235, par. 1, co. 2, TFUE. Per i dettagli v. U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 9 s.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 62 ss.

[119] V. in generale sul punto F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 64 ss.; A. GILISSEN, *Le Conseil européen: un état des lieux*, in V. CHARLÉTY - M. MANGENOT (sous la direction de), *Le système présidentiel de l'Union européenne après Lisbonne*, cit., p. 101 ss.; W. WESSELS, *The European Council*, cit., p. 59 ss.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 57 ss.; L. VAN MIDDELAAR - U. PUETTER, *The European Council*, cit., p. 51 ss.

[120] Cfr. U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., pp. 8 e 19; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 57.

[121] F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 175 ss.; W. WESSELS, *The European Council*, cit., p. 179 ss.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 76 ss.; L. SCHRAMM, *Navigating Widening and Deepening: The European Council, Geopolitical Motives, and Union Enlargement*, in *Journ. Eur. Int.*, 1/2025, p. 1 ss.

© Wolters Kluwer Italia

par. 2, TUE gli attribuisce il compito di stabilire le linee guida per il negoziato di recesso di uno Stato membro, confermandolo come custode dell'integrità del sistema [122]. Il Consiglio europeo individua gli interessi e gli obiettivi strategici dell'Unione nell'azione esterna (art. 22, par. 1, co. 1, TUE) e nella PESC, per la quale mette a punto un approccio comune (art. 24, par. 1, co. 2, 26, par. 1, co. 2, e 32, co. 1, TUE); valuta l'opportunità di giungere a una difesa comune (art. 42, par. 2, co. 1, TUE); elabora gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 68 TFUE); detta gli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri (art. 121, par. 2, co. 2, TFUE); esamina annualmente la situazione dell'occupazione nell'Unione "*(...) e adotta le conclusioni del caso*" (art. 148, par. 1, TFUE) [123]. Il par. 1 dell'art. 15 TUE aggiunge esplicitamente che "*Non esercita funzioni legislative*" [124]. L'apparente esclusione dalla produzione normativa, rispondente alla volontà dei redattori dei Trattati di preservare l'equilibrio del "triangolo decisionale" composto dalla Commissione, dal Parlamento europeo e dal Consiglio [125], viene messa costantemente alla prova da un sistema che la scienza politica definisce di "democrazia composita", nel quale la separazione dei poteri non è netta come nei sistemi nazionali classici. Il Consiglio europeo, pertanto, agisce oggi come un "metronomo" la cui influenza si estende pervasivamente su tutte le politiche dell'Unione [126]. In questa tendenza all'accentramento, aumentata dalle spinte sovraniste e dalla reticenza degli Stati a cedere nuove competenze, il

---

[122] G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., pp. 75 e 80 ss. A tal fine, l'art. 50, par. 3, TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona, rimette alla determinazione del Consiglio europeo la stessa efficacia temporale del recesso, facendone dipendere la proroga dall'accordo unanime dei suoi membri. Sulla disposizione menzionata, con riferimento alle competenze del Consiglio europeo (in generale e in relazione alla Brexit), v. M. Starita, *Il ruolo del Consiglio europeo nella Brexit*, in *Dir. Un. eur.*, 3/2019, p. 561 ss.; J.M. Martínez Sierra, *The European Council against EU Law*, Valencia, 2023, p. 303 ss.

[123] F. Eggermont, *The Changing Role of the European Council*, cit., pp. 309 ss. e 321 ss.; W. Wessels, *The European Council*, cit., p. 215 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 57.

[124] V. C. giust. UE, 21 giugno 2018, C-5/16, *Polonia* c. *Parlamento e Consiglio*, punti 84 e 85, secondo la quale al Consiglio europeo non è consentito interferire direttamente nella sfera legislativa determinando il contenuto di un atto.

[125] Cfr. D. Lassalle - N. Levrat, *Un triangle à quatre côtés*, cit., p. 431 ss.

[126] D. Blanc, *L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative: la lettre et l'esprit*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1/2017, p. 9 ss.; S. Mouton, *Comment définir le Conseil européen à la lumière du droit constitutionnel?*, in D. Blanc (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*, cit., p. 63 ss.

© Wolters Kluwer Italia

Consiglio europeo è diventato il *forum* privilegiato per la gestione delle crisi (finanziarie, migratorie, sanitarie o legate al recesso del Regno Unito e alla guerra tra Russia e Ucraina), trasformando la propria funzione di impulso in una competenza di gestione operativa e di urgenza [127].

Il Consiglio europeo detiene inoltre rilevanti compiti decisionali che producono effetti giuridici alquanto incisivi. Talvolta, opera come una sorta di "Presidenza collegiale" dell'Unione: quando propone al Parlamento europeo il candidato alla Presidenza della Commissione e nomina l'intera Commissione previa approvazione parlamentare (art. 17, par. 7, TUE); oppure quando nomina l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 18, par. 1, TUE) e i membri del Comitato esecutivo della Banca centrale europea (art. 283, par. 2, co. 2, TFUE) [128]. Altre volte, assume il ruolo di organo "di politica attiva" dotato di poteri di tipo "costituzionale". Ne è esempio l'art. 7, par. 2, TUE, che lo autorizza a constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori fondamentali dell'Unione menzionati all'art. 2 TUE (dando così luogo alla sospensione di taluni diritti di tale Stato, compresi i diritti di voto in seno al Consiglio) [129]. Particolarmente rilevante è anche l'attivazione delle procedure di revisione semplificata dei Trattati, ai sensi dell'art. 48, par. 6 e 7, TUE [130]. Analogamente, il Consi-

---

[127] Per una ampia ricognizione sul tema, cfr. J. WERTS, *The European Council in the Era of Crises*, London, 2021, p. 57 ss.; M. KNODT - C. WIESNER, *Introduction. The War against Ukraine: The EU Facing New Realities*, in C. WIESNER - M. KNODT (eds.), *The War against Ukraine and the EU: Facing New Realities*, Cham, 2024, p. 9 ss.

[128] V. U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 20; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 57.

[129] Cfr. G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., pp. 59 e 71 ss.; N. CSEKE, *Le rôle du Conseil européen dans le rétabilissement de l'État de droit*, in D. BLANC (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*, cit., p. 145 ss.

[130] U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 20; F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 156 s.; G. FIENGO, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 57 s.; D. BLANC, *Le Conseil européen et la révision des Traités (1972-2022)*, cit., p. 118 ss. Per il par. 6, il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità previa consultazione delle istituzioni interessate, modifica le disposizioni della Parte Terza del TFUE relative alle politiche e azioni interne dell'Unione; l'efficacia di tale decisione resta subordinata all'approvazione degli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali e incontra il limite tassativo del divieto di estensione delle competenze attribuite. Il par. 7 introduce invece le "clausole passerella", che consentono al Consiglio europeo di autorizzare il Consiglio a deliberare a maggioranza qualificata (anziché all'unanimi-

© Wolters Kluwer Italia

glio europeo stabilisce la composizione del Parlamento europeo (art. 14, par. 2, co. 2, TUE); l'elenco delle formazioni del Consiglio, tranne quelle "Affari Generali" e "Affari Esteri" (art. 16, par. 6, co. 1, TUE, e 236, lett. a), TFUE); la Presidenza delle formazioni del Consiglio diverse da quella "Affari Esteri" (art. 16, par. 9, TUE, e 236, lett. b), TFUE) [131].

Un ulteriore profilo di competenza è quello che vede il Consiglio europeo operare come una istanza di appello rispetto al Consiglio. Uno Stato membro può invocare l'intervento del Consiglio europeo qualora un progetto di atto legislativo incida su aspetti ritenuti fondamentali, con precise differenze procedurali tra le varie materie: PESC (art. 31, par. 2, co. 2, TUE); sicurezza sociale (art. 48, co. 2, TFUE); cooperazione giudiziaria penale (art. 82, par. 3, co. 1, TFUE); definizione dei reati transnazionali (art. 83, par. 3, co. 1, TFUE), adozione di norme sulla Procura europea (art. 86, par. 1, co. 2, TFUE) o di misure sulla cooperazione operativa tra autorità di polizia (art. 87, par. 3, co. 2, TFUE). Il deferimento, attivato anche mediante il c.d. "freno di emergenza" (*emergency brake*), conferma l'immagine del Consiglio europeo quale baluardo a tutela della sovranità statale e sottrae l'argomento alla normale dinamica maggioritaria del Consiglio per ricondurlo nell'ambito del negoziato diplomatico [132].

---

tà) o secondo la procedura legislativa ordinaria (in luogo di quelle speciali); sono richieste l'unanimità del Consiglio europeo, l'approvazione del Parlamento europeo e l'assenza di opposizione da parte dei Parlamenti nazionali entro sei mesi dalla trasmissione dell'iniziativa.

[131] U. Draetta, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 19 s.; W. Wessels, *The European Council*, cit., p. 159 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., pp. 57 e 88 s.

[132] Nella PESC, l'opposizione blocca il voto a maggioranza qualificata e il Consiglio europeo decide all'unanimità; nella sicurezza sociale, la contestazione sui costi o sull'equilibrio finanziario sospende la procedura ordinaria, permettendo al Consiglio europeo di rinviare l'atto al Consiglio o di respingerlo definitivamente; nella cooperazione giudiziaria penale, nella definizione dei reati transnazionali e nell'adozione di norme sulla Procura europea o di misure sulla cooperazione operativa tra autorità di polizia, la lesione dell'ordinamento penale nazionale o la mancanza di unanimità comportano che l'*iter* dinanzi al Consiglio venga sospeso per un massimo di quattro mesi e che della questione controversa sia investito il Consiglio europeo nel tentativo di raggiungere un accordo. Cfr. U. Draetta, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 20; P. Cherubini, *The Role and Interaction of the European Council and the Council in the Common Foreign and Security Policy*, in R.J. Blanke - S. Mangiameli (eds.), *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Heidelberg, 2012, p. 471 ss.; F. Eggermont, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 297 ss.; W. Wessels, *The European Council*, cit., p. 235 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 59 s.

© Wolters Kluwer Italia

6. Conclusioni

Molto prima che l'Atto Unico europeo legalizzasse una prassi instaurata circa venticinque anni prima della sua firma, ratificandone l'esistenza, le riunioni e la composizione, il Consiglio europeo, non previsto inizialmente dal TCECA, dal TCEE e dal TCEEA, ha svolto un ruolo preminente, spesso decisivo, nel processo di integrazione comunitaria, ampliandolo e approfondendolo ben al di là della semplice applicazione dei Trattati [133]. Anche nel periodo immediatamente antecedente al 1986, quando il Consiglio europeo era lo strumento privilegiato della cooperazione politica, "*(...) la sua influenza si è rivelata ben presto determinante e incisiva, in considerazione della sua autorità superiore rispetto alle istituzioni della Comunità, anche se ha introdotto non pochi elementi devianti nel sistema comunitario e nei suoi delicati equilibri*" [134]. In questo processo, la logica dei rapporti tra Stati sovrani ha prevalso sulla originaria impostazione sovranazionale, subordinandola spesso alla maturazione di una volontà unanime dei Governi degli Stati membri [135]. Sia i Vertici, sia il Consiglio europeo, indicavano i princìpi e gli obiettivi dell'azione comunitaria. La loro attività aveva finito con lo sminuire le altre istituzioni, condizionando il potere di proposta della Commissione, negando la funzione consultiva del Parlamento europeo e riducendo la qualità di centro decisionale del Consiglio [136].

Il graduale passaggio dall'Atto Unico al Trattato di Lisbona ha segnato una trasformazione radicale: le riunioni informali esterne ai Trattati sono state integrate negli ordinamenti delle Comunità e dell'Unione, in un processo nel quale il diritto ha inseguito e positivizzato la realtà dei rapporti di forza tra gli Stati membri. Il Consiglio europeo ha potuto così fornire la direzione politica necessaria per affrontare si-

---

[133] A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 256.

[134] V. in questo senso G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, cit., p. 48. Sul Consiglio europeo quale sede di elezione per la cooperazione politica cfr. C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 13 ss.; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 30 ss.

[135] Cfr. F. CAPOTORTI, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, cit., p. 7.

[136] C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, cit., p. 8 ss.; R.H. LAUWAARS, *The European Council*, cit., p. 39 ss.; A. GIARDINA, *La cooperazione al vertice in Europa*, cit., p. 250 s.; V. STARACE, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 239 ss.; P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei Paesi della CEE*, cit., p. 704 s.; F. CAPOTORTI, *Lo* status *giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, cit., p. 13 s.; C. ZANGHÌ, *Consiglio europeo*, cit., p. 388.

© Wolters Kluwer Italia

tuazioni straordinarie e impreviste. Nella crisi del debito sovrano europeo apertasi nel 2010, di fronte alle manchevolezze dell'UEM i Capi di Stato e di Governo hanno agito da "interpreti diretti", orchestrando risposte macroeconomiche emergenziali testimoniate dalla nascita del Vertice dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri la cui moneta è l'euro (Vertice euro o *Euro Summit*) [137]; e dall'adozione dei pacchetti normativi *Six Pack* del 2011 (sulla riforma del Patto di stabilità e crescita approvato nel 1997) e *Two Pack* del 2013 (sul rafforzamento del monitoraggio dei bilanci nazionali) [138]. In questa congiuntura il Consiglio europeo, per superare i vincoli formali del sistema, ha sfruttato la sua peculiare "doppia natura", organica ed extraorganica, che gli ha permesso di essere politicamente decisivo nella ideazione e nella stipulazione di accordi di diritto internazionale estranei all'ordinamento dell'Unione, come il Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES), fatto a Bruxelles il 2 febbraio 2012, e il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012 (*Fiscal Compact*) [139].

Anche durante la pandemia di Covid-19, affrontata con una frequenza di convocazioni straordinarie senza precedenti, il Consiglio europeo ha dettato delle linee guida in maniera molto incisiva. Con l'approvazione del *Next Generation EU*, abbinato al bilancio pluriennale 2021-27, ha superato "linee rosse" fino ad allora invalicate mediante

---

[137] Il Vertice euro riunisce, dal 12 ottobre 2008, i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri della zona euro, il Presidente del Consiglio europeo e il Presidente della Commissione con l'obiettivo di fornire orientamenti strategici per garantire il corretto funzionamento dell'UEM.

[138] Il *Six Pack* è composto dai regolamenti (UE) n. 1173/2011, (UE) n. 1174/2011, (UE) n. 1175/2011 e (UE) n. 1176/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 novembre 2011 (G.U.U.E. L306 del 23 novembre 2011, p. 1 ss.); dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011 (G.U.U.E. L306 del 23 novembre 2011, p. 33 ss.); e dalla direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011 (G.U.U.E. L306 del 23 novembre 2011, p. 41 ss.). Il *Two Pack* include i regolamenti (UE) n. 472/2013 e (UE) n. 473/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013 (G.U.U.E. L140 del 27 maggio 2013, p. 1 ss.). Cfr. M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *CMLR*, 6/2011, p. 1777 ss.; G. Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali*, cit., p. 104 ss.; J.M. Martínez Sierra, *The European Council against EU Law*, cit., p. 219 ss.

[139] Il Trattato MES del 2012 e il Trattato *Fiscal Compact* del 2012 sono pubblicati, rispettivamente, sul sito *www.esm.europa.eu* e sul sito *eur-lex.europa.eu*. V. A. Viterbo - R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al* Fiscal Compact, in *Dir. Un. eur.*, 2/2012, p. 323 ss.; M. Starita, *Il Consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2013, p. 385 ss.; J.M. Martínez Sierra, *The European Council against EU Law*, cit., p. 259 ss.

© Wolters Kluwer Italia

lo sdoganamento della mutualizzazione del debito comune [140]. Nella gestione pandemica, peraltro, in questa sua inclinazione a porsi da "*crisis manager*" e da "*fusion driver*", ha operato stabilmente all'interno del quadro dell'Unione ai sensi degli art. 13 e 15 TUE, comportandosi come una istituzione, non come una conferenza diplomatica [141].

Questa "intrusività" decisionale dimostra, da un lato, come il Consiglio europeo non sia una istituzione paragonabile alle altre, perché condiziona largamente l'agenda legislativa; e riaccende, dall'altro, i dubbi sui *deficit* di *accountability* e di democraticità [142]. Il Consiglio europeo non si limita più a fornire impulsi generici, ma agisce come un organo di controllo pervasivo in grado di orientare, attraverso il potere di sollecitazione e le competenze che detiene (soprattutto di nomina e di revisione), ogni aspetto della vita giuridica dell'Unione. Resta aperta la sfida di conciliare questa supremazia politica con la legalità formale del TUE e del TFUE, affinché non si finisca per svuotare di significato le prerogative della Commissione e del Parlamento europeo, presìdi necessari per la legittimazione del processo di integrazione [143]. Nonostante i vari *leader* rispondano politicamente a livello nazionale, si rischia concretamente di eludere il principio cardine dell'equilibrio istituzionale sancito dall'art. 13, par. 2, TUE [144].

---

[140] Il *Next Generation EU* è stato ufficialmente varato con la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "*Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*", doc. COM(2020)456 def. del 27 maggio 2020. Cfr. in proposito E. BRESSANELLI - L. QUAGLIA, *La genesi del* Next Generation EU*: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 3/2021, p. 353 ss.

[141] V. L. VAN MIDDELAAR - U. PUETTER, *The European Council*, cit., p. 51 ss.; D. DINAN, *The European Council in 2020: Overview of Dynamics, Discussions and Decisions*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022, p. 3 ss.; L. SCHRAMM - W. WESSELS, *The European Council as a Crisis Manager and Fusion Driver: Assessing the EU's Fiscal Response to the Covid-19 Pandemic*, in *Journ. Eur. Int.*, 2/2023, p. 257 ss.; D. MOLONEY - S. PRINCEN, *Assessing the Role of the European Council and the European Commission during the Migration and Covid-19 Crises*, in *West Eur. Pol.*, 7/2024, p. 1556 ss.

[142] Cfr. F. EGGERMONT, *The Changing Role of the European Council*, cit., pp. 109 ss., 128 ss. e 141 ss.; A. AKBIK - M. DAWSON, *The Role of the European Council in the EU Constitutional Structure*, Study for the European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2024, p. 28 ss.

[143] Cfr. in tal senso D. BLANC, *L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative*, cit., p. 12.

[144] S. ROLAND, *La légitimité politique du Conseil européen*, in D. BLANC (sous la direction de), *Le Conseil européen, la politique des politiques de l'Union européenne*,

© Wolters Kluwer Italia

Abbandonata l'ancestrale ambiguità, la parabola del Consiglio europeo denota non un mero "mutamento di etichetta", ma una profonda trasformazione dell'assetto istituzionale, in cui la dimensione intergovernativa ha trovato una sintesi, non sempre ottimale, con il metodo comunitario [145]. Dopo il Trattato di Lisbona, esso si presenta come una istituzione in perenne divenire, un laboratorio di equilibrio tra queste due anime. Se la formalizzazione giuridica ha portato ordine e controllo, la creazione di una Presidenza stabile ha introdotto nuove dinamiche di potere che attendono ancora una definitiva armonizzazione. Le frizioni sulla rappresentanza esterna confermano una diarchia irrisolta, spingendo a ipotizzare l'unificazione formale delle cariche di Presidente della Commissione e di Presidente del Consiglio europeo per risolvere la frammentazione attuale [146]. Il futuro dell'integrazione passerà inevitabilmente attraverso la capacità di queste figure di agire in modo sinergico, superando le residue ambiguità dei Trattati per offrire all'Unione la coerenza e la visibilità che la sua statura globale richiede.

cit., p. 94 s. Tale principio è stato ripetutamente evocato e protetto dalla Corte di giustizia proprio a salvaguardia delle prerogative reciproche delle istituzioni dell'Unione europea, come testimoniato, tra le altre, da C. giust. CE, 4 ottobre 1991, C-70/88, *Parlamento* c. *Consiglio*, punto 22; 6 maggio 2008, C-133/06, *Parlamento* c. *Consiglio*, punto 57; e da C. giust. UE, 14 aprile 2015, C-409/13, *Consiglio* c. *Commissione*, punto 64; 6 ottobre 2015, C-73/14, *Consiglio* c. *Commissione*, punto 61.

[145] V. in proposito U. Draetta, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo*, cit., p. 21.

[146] F. Eggermont, *The Changing Role of the European Council*, cit., p. 363 ss.; L. Guilloud Colliat, *Le président du Conseil européen: un "homme sans qualités"?*, cit., p. 142 ss.

© Wolters Kluwer Italia

SMART CITY: GEOMETRIE ALGORITMICHE, TRAME LUDICHE E ISTANZE DI GIUSTIZIA * **

MARIA NOVELLA CAMPAGNOLI - MASSIMO FARINA ***

SOMMARIO: 1. La città come dispositivo giuridico-sociale. – 2. *Smart* come paradigma: efficienza e/o esclusione? – 3. Il quadro normativo: brevi cenni. – 4. Dallo *smart* al *game*. Come cambia la configurazione urbana. – 5. Costruire una città giusta, tecnologicamente e democraticamente sostenibile.

Abstract: The article examines the digital transformation of urban space through a critical analysis of the smart city paradigm and the emerging phenomenon of gamification applied to the urban context. Drawing on a philosophical-legal reconstruction, the essay argues that new technologies deeply reconfigure the relationship between citizens and public space, between democratic participation and algorithmic governance, highlighting the constitutive ambivalence of the smart city paradigm – oscillating between the promise of greater efficiency and accessibility and the risk of new forms of exclusion and surveillance. The analysis further investigates how the gamification of urban behaviours, when disconnected from robust legal guarantees of transparency, proportionality and non-discrimination, risks transforming citizenship into a continuous and algorithmically measurable performance, thereby undermining the substantive equality enshrined in the constitutional order. Against both dystopian pessimism and uncritical enthusiasm, the contribution proposes three normative criteria – emancipation over oppression, democratic sustainability, and protection of vulnerable

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

** Testo rielaborato dagli Autori a seguito della lezione tenutasi il 27 novembre 2025.

*** Maria Novella Campagnoli è Autrice dei parr. nn. 1, 4 e 5. Massimo Farina è Autore dei parr. nn. 2 e 3.

© Wolters Kluwer Italia

subjects – as tools for evaluating whether technological innovation in urban space genuinely advances the right to the city or merely reproduces existing inequalities in a more sophisticated form.

1. La città come dispositivo giuridico-sociale

Muoviamo da un dato storico difficilmente contestabile: nessun insediamento umano ha concentrato, con la stessa intensità della città, tensioni politiche, aspettative sociali e conflitti normativi. Ciò dipende dal fatto che la città non è riducibile alla mera sommatoria delle sue infrastrutture né alla catalogazione delle funzioni che in essa si assicurano e si esercitano. Al contrario, essa è, anzitutto, uno spazio di possibilità per le relazioni umane e, al tempo stesso, il luogo nel quale si rendono evidenti e si realizzano i rapporti di potere. È qui, infatti, che si decidono le condizioni di accesso alle risorse collettive e che si traccia la linea di demarcazione tra chi è pienamente incluso nel tessuto sociale e chi, invece, non ne fa parte [1]. Ovviamente, questa sua natura intrinsecamente politica fa sì che la città – e in generale la questione urbana – non possa (e non debba) mai essere ridotta alla sfera eminentemente tecnico-architettonica o amministrativo-gestionale. Del resto, ogni decisione sulla struttura della città è – al tempo stesso – anche una scelta che determina delle ricadute sull'effettivo godimento dei diritti da parte delle persone che la abitano. Ed entro questa cornice decisamente ampia, può dirsi che la nota categoria del *droit à la Ville* elaborata da Henri Lefebvre negli anni Sessanta, da un certo punto di vista, non ha affatto smarrito la sua forza critica, ancorché, oggi, essa operi in un contesto che profondamente mutato [2].

In questa sede, è importante ribadire che l'idea di un *diritto alla città* – che poi si ritraduce nella possibilità di abitare appieno la città,

[1] Fra le più significative ricostruzioni sul tema, non possono non menzionarsi i lavori di: H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, trad. it., Verona, 2014, pp. 15 ss.; M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1961, pp. 519 ss. Nel panorama italiano, interessante il recente lavoro di G. PASQUI, *I filosofi e il progetto per la città*, Milano, 2025, pp. 11 ss.

[2] H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., pp. 7 ss.; ID., *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, trad. it., Verona, 2018, pp. 23 ss. Per la ricostruzione storica del concetto, H. CORTI, *Introduzione. Le avventure del diritto alla città*, in V. COLCELLI - R. CIPPITANI - H. CORTI - P. VILLARRUEL (a cura di), *Diritti e città in cammino. Profili di comparazione tra Italia e Argentina*, Roma, 2025, pp. 5-37.

© Wolters Kluwer Italia

nella libertà di percorrerne gli spazi e, ovviamente, nella facoltà di prendere parte alle decisioni che ne plasmano il futuro [3] – non allude a un diritto soggettivo aggiuntivo (cioè a un diritto che si aggiunge agli altri già codificati), quanto, piuttosto, a un diritto che ha un carattere strutturale, ossia, che costituisce una sorta di "prerequisito necessario e imprescindibile" per l'esercizio di tutte le altre facoltà. Altrimenti detto, il diritto alla città non deve essere inteso come un'aggiunta al catalogo dei diritti esistenti, bensì come una sorta di metro critico, a partire dal quale è possibile valutare le condizioni (istituzionali, giuridiche, sociali) della vita urbana.

In questo orizzonte, naturalmente, la trasformazione digitale solleva nuovi e ulteriori interrogativi con i quali la riflessione giuridica – e, in particolar modo, quella filosofico-giuridica – è chiamata a misurarsi. In modo particolare, il lessico della *smart city* [4] (diffusosi rapidamente nelle strategie istituzionali europee ed italiane e trovando legittimazione anche nell'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite [5]) veicola, infatti, una

---

[3] C. Ventimiglia, *Il diritto alla città come categoria politica e giuridica*, in *Ragion pratica*, 52/2019, pp. 147-171; P. Marcuse, *Whose Right(s) to What City?*, in N. Brenner - P. Marcuse - M. Mayer (eds.), *Cities for People, not for Profit*, London-New York, 2012, pp. 24-41.

[4] Sul portato lessicale e sull'evoluzione concettuale dell'espressione *smart city* – che rimanda all'idea di una città tecnologica, agile, intelligente, razionale, performante ed esteticamente gradevole – v. V. Albino - U. Berardi - R.M. Dangelico, *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, in *Journ. Urban Technol.*, 1/2015, pp. 3-21. V., inoltre, gli studi di R. Giffinger - C. Fertner - H. Kramar - R. Kalasek - N. Pichler Milanović - E. Meijers, *Smart Cities. Ranking of European Medium-Sized Cities, Centre of Regional Science*, Vienna, 2007, che definiscono la *smart city* come "*una città ben performante in modo lungimirante nell'economia, nelle persone, nella governance, nella mobilità, nell'ambiente e nella vita, costruita sulla combinazione intelligente di dotazioni e attività di cittadini autodeterminati, indipendenti e consapevoli*". Meritevole d'esser qui ricordato anche il lavoro di A. Caragliu - C. Del Bo - P. Nijkamp, *Smart Cities in Europe*, in *Journ. Urban Technol.,* 2/2011, pp. 65-82, in cui si sottolinea che la *smart city* si caratterizza per l'integrazione tra infrastrutture materiali (capitale fisico) e infrastrutture immateriali (capitale umano e sociale). Da ultimo, per una interessante lettura storico-critica sull'origine dell'immaginario della *smart city* e sulle sue radici nella modernità tecnologica, v. F. Cugurullo, *The Origin of the Smart City Imaginary: From the Dawn of Modernity to the Eclipse of Reason*, in F. Cugurullo (ed.), *Inside Smart Cities: Place, Politics and Urban Innovation*, London, 2018, pp. 17-34.

[5] Sul piano del diritto internazionale, l'*Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile*, adottata dall'Assemblea generale con risoluzione 70/1 del 25 settembre 2015, dedica il *goal* 11 alle città e agli insediamenti umani ("Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili"). In particolare, il *target* 11.3 mira a "*potenziare un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificare e gestire in tutti i paesi un insediamento umano che sia partecipativo, integra-*

© Wolters Kluwer Italia

promessa precisa, che è quella di una città più efficiente [6], più accessibile e meglio governata grazie alla tecnologia.

Questa promessa, tuttavia, richiede un controllo critico. Non vi è alcuna garanzia che la raccolta e l'elaborazione dei dati urbani si traducano, di per sé, in maggiore benessere o in più solide garanzie democratiche. L'esito dipende dal quadro normativo e istituzionale entro il quale le tecnologie vengono progettate, governate e sottoposte a controllo pubblico.

In controtendenza rispetto a questa lettura, è importante chiarire subito che il nesso tra innovazione digitale e giustizia urbana non è il frutto di un automatismo. Esso dipende, al contrario, da un determinato assetto normativo e istituzionale, entro il cui perimetro la tecnologia deve operare nel rispetto di obiettivi ben definiti [7]. In questo senso, la riflessione critica sulla razionalità strumentale che ha accompagnato il pensiero filosofico del Novecento può offrire degli strumenti teorici ancora fecondi [8]. Del resto, quando la logica della *performance* e dell'ottimizzazione algoritmica [9] rischia di prendere il posto della deliberazione politica, quando le scelte che incidono sulla vita delle per-

---

to e sostenibile entro il 2030", mentre il *target* 11.7 si propone di "*fornire accesso universale a spazi verdi e pubblici sicuri, inclusivi e accessibili*". L'*Agenda 2030* ha contribuito alla diffusione del paradigma *smart* a livello internazionale ma – come è stato osservato dalla dottrina più critica – la genericità degli obiettivi e l'assenza di meccanismi vincolanti di *enforcement* rischiano di legittimare interventi eterogenei senza che vi sia un reale controllo sulla loro coerenza con i principi di giustizia distributiva. Sul punto cfr. UN-HABITAT, *World Cities Report 2022. Envisaging the Future of Cities*, Nairobi, 2022, pp. 45-78; D. SATTERTHWAITE - D. MITLIN, *Reducing Urban Poverty in the Global South*, London, 2014; per il nesso tra *Agenda 2030* e *smart city*, v. EUROPEAN COMMISSION, *Smart Cities Stakeholder Platform, Final Report*, Brussels, 2019; S. CAPROTTI - R. COWLEY, *Smart Urbanism and Smart Citizenship*, in W. SHI - M.F. GOODCHILD - M. BATTY - M.P. KWAN - A. ZHANG (eds.), *Urban Informatics*, Singapore, 2021, pp. 589-604.

[6] G. DELLE CAVE, *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. intelligente*, in *Federalismi.it*, 21/2023, pp. 1 ss.; Y. GUERRA, *Le smart cities. Alcune questioni di diritto costituzionale*, in *I.P.O.F.*, 1/2024, pp. 102-137, spec. p. 104.

[7] G. POLI, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, in *Dir. econ.*, 3/2024, pp. 269-304, spec. pp. 275 ss.; F. DELLA SCALA, *Diritti sociali e inclusione nella città intelligente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, pp. 891-923.

[8] J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., Bologna, 2014, pp. 730 ss.; M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, trad. it., Torino, 2000.

[9] Cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2019, pp. 1149-1186; ID., *Amministrazione digitale algoritmica. Il Quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 21-56; O. POLLICINO - G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in I. RUIZ LÓPEZ - P. BILANCIA (eds.), *Fundamental Rights Challenges. The EU between Social Rights and New Tech-*

© Wolters Kluwer Italia

sone sono orientate a migrare da sedi pubblicamente controllabili verso piattaforme digitali proprietarie e nella direzione di processi decisionali automatizzati, può verificarsi una torsione – tanto profonda quanto pericolosa – del rapporto tra tecnologia e democrazia. Uno scenario, questo, che ci parla di una tendenza già diffusa e operante in molte città contemporanee e che la scienza giuridica deve indagare con particolare attenzione [10].

La *smart city*, da questo punto di vista, rappresenta un fondamentale banco di prova, non solo per il diritto costituzionale, per il diritto pubblico e per il diritto amministrativo, ma, ovviamente, anche per la filosofia del diritto. In modo particolare, nella riflessione sulla *smart city* entrano in gioco: l'articolazione territoriale dei poteri pubblici, l'accesso e la garanzia dei servizi essenziali, il diritto all'abitazione, il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente, il diritto alla partecipazione democratica, nonché il principio di uguaglianza formale e sostanziale. Principi di rango costituzionale, sanciti negli art. 2, 3, 9, 32 e 117 della nostra Costituzione, la cui realizzazione oggi risente in maniera significativa delle modalità con cui la tecnologia concorre a ridisegnare lo spazio urbano [11].

L'innovazione digitale in questo senso – analogamente a quanto sottolineava Heidegger [12] con riferimento alla tecnica *tout court* – non è mai qualcosa di meramente tecnico, né qualcosa di realmente neutro. Invero, a seconda degli obiettivi perseguiti, del soggetto che la governa e dei meccanismi di controllo che la accompagnano, essa può tradursi in un rafforzamento del godimento effettivo dei diritti, così come nella loro progressiva erosione [13]. Basti pensare che l'adozione del paradigma *smart* comporta anche tutta una serie di perplessità le-

---

nologies, Leiden, 2021, pp. 35-62; O. Pollicino, *Costituzionalismo digitale. Potere e libertà nell'età degli algoritmi*, Bologna, 2024.

[10] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2021.

[11] Y. Guerra, *Le smart cities*, cit., pp. 111 ss.; C. Acocella - G. Laneve, *Città intelligenti e diritti. Nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità*, in *P.A.*, 2/2021, pp. 235-267, spec. pp. 241 ss.

[12] "*[...] l'essenza della tecnica non è affatto qualcosa di tecnico. Non possiamo quindi esperire veramente il nostro rapporto con l'essenza della tecnica finché ci limitiamo a rappresentarci la tecnicità e a praticarla, a rassegnarci ad essa o a fuggirla. Restiamo sempre prigionieri della tecnica e incatenati ad essa, sia che la accettiamo con entusiasmo, sia che la neghiamo con veemenza. Ma siamo ancora più gravemente in suo potere quando la consideriamo qualcosa di neutrale; infatti. questa rappresentazione, che oggi si tende ad accettare con particolare favore, ci rende completamente ciechi di fronte all'essenza della tecnica*" (M. Heidegger, *La questione della tecnica*, trad. it., Firenze, 2017, p. 31).

[13] A.C. Amato Mangiameli, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Dir. inform.*, 2/2017, pp. 147-167, spec. p. 153.

© Wolters Kluwer Italia

gate, ad esempio, alla raccolta sistematica dei dati urbani e alla necessità di tutelare la sfera privata di coloro i quali abitano (o a vario titolo frequentano) la città.

Si osservi, nel momento in cui la città si tramuta in un circuito fitto e pervasivo di sistemi di rilevazione, di elaborazione e di valorizzazione delle informazioni relative ai comportamenti individuali e collettivi, il confronto fra il contesto sociale e abitativo che si genera e le garanzie poste dal regolamento (UE) 2016/679 diventa pressoché obbligato. E, da questo punto di vista, è importante chiarire sin da subito che il principio di minimizzazione dei dati (di cui all'art. 5, par. 1, lett. *c*)), così come l'obbligo di valutazione d'impatto per i trattamenti ad alto rischio (ai sensi dell'art. 35) e, ovviamente, anche il diritto di non subire decisioni (idonee a produrre effetti giuridicamente rilevanti) che siano fondate esclusivamente sul trattamento automatizzato (all'art. 22) non rappresentano mere astrazioni normative, bensì veri e propri vincoli alla progettazione delle città intelligenti [14].

Di qui, il duplice volto della *smart city* [15]: per un verso, essa può tradurre l'idea (assolutamente positiva e auspicabile) di una città che impiega la tecnologia per prendersi cura dei propri abitanti; per un altro verso, tuttavia, essa può anche incarnare un modello (deteriore e indesiderato) di città che sfrutta la tecnologia per scrutare i propri abitanti, nell'intento di governarne i comportamenti. Nel primo caso, l'innovazione digitale rappresenta il volano attraverso il quale allargare l'accesso ai servizi, ridurre le diseguaglianze, rendere più trasparenti e partecipate le decisioni pubbliche. Nel secondo caso, invece, le infrastrutture tecnologiche si tramutano in strumenti di profilazione preventiva, in meccanismi di controllo predittivo e in dispositivi di governo diffuso delle condotte.

Il tutto, nella più generale cornice di un passaggio dall'architettura della visibilità [16] a quella di una *governance* che anticipa e modula i comportamenti, con evidenti conseguenze sulle libertà e sui diritti individuali [17].

---

[14] A. MANTELERO, *AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment*, in *C.L.S.R.*, 4/2018, pp. 754-772.

[15] V. ANTONIOL - U. MARZO, *Filosofia della smart city. La cura del luogo e il luogo della cura*, in *Iconocrazia*, 1/2023, pp. 49-78, spec. p. 55; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it., Roma, 2019.

[16] Imprescindibile il richiamo al famigerato modello ideale elaborato alla fine del Settecento da Bentham (J. BENTHAM, *Il Panopticon. Ovvero la casa di ispezione*, trad. it., Venezia, 1983).

[17] Cfr.: S. SANTUCCIO, *Dal panopticon alla smart city. Il controllo dello spazio ur-*

© Wolters Kluwer Italia

Tanti sono gli interrogativi che emergono. Chi stabilisce gli obiettivi, le modalità e i limiti della trasformazione digitale urbana? Quale criterio di trasparenza deve essere adottato nei confronti dei cittadini? Quali strumenti di controllo possono essere impiegati? Quali sono le conseguenze che le procedure algoritmiche producono (o rischiano di produrre) sulle decisioni quotidiane dei cittadini?

Questi interrogativi si fanno ancora più pressanti se si considera che la trasformazione digitale dello spazio urbano produce una specie di duplicazione normativa della città. Alla città fisica – governata dalle norme urbanistiche tradizionali e dalle relazioni sociali dirette – oggi si affianca la sua *gemella digitale* [18], contraddistinta da rappresentazioni algoritmiche, flussi di dati, piattaforme e interfacce che incidono sull'accesso ai servizi, sulla mobilità, sulla sicurezza urbana e sulla distribuzione delle risorse. Non si tratta di una mera proiezione tecnologica dello spazio fisico – e dei relativi effetti giuridici ad esso collegati – ma di un livello regolativo ulteriore, capace di produrre effetti concreti sulla posizione dei cittadini. Questi ultimi si trovano così a dover interagire simultaneamente con questi due livelli sovrapposti, senza che vi sia sempre piena corrispondenza o trasparenza tra la regolazione dello spazio fisico e quella dello spazio datificato [19].

Vien da sé che si tratta di una sovrapposizione che solleva questioni decisive per il diritto alla città nella sua accezione lefebvriana. In maniera particolare la partecipazione attiva alla produzione dello spa-

---

bano, in *Città Stor.*, 1-2/2020, pp. 131-151; G. Tropea, *Dal panottico alla dashboard della smart city securitaria*, in *Federalismi.it*, 23/2024; A. Venanzoni, *Smart cities e capitalismo di sorveglianza. Una prospettiva costituzionale*, Working Paper, 20 ottobre 2019.

[18] Nozione, questa, che sta riscuotendo notevole successo e che, in questi anni, ha coagulato l'attenzione della dottrina: R. Roversi - S. Agostinelli, *Digital twin a scala urbana. Indagine critica su concettualizzazione, componenti, approcci di sviluppo e tecnologie abilitanti*, Roma, 2024; G. Schrotter - C. Hurzeler, *The Digital Twin of the City of Zurich for Urban Planning*, in *PFG*, 88/2020; M. Haraguchi -T. Funahashi - F. Biljecki, *Assessing governance implications of city digital twin technology. A maturity model approach*, in *Technol. Forecast. Soc. Change*, 204/2024; F. Dembski - U. Wössner - M. Letzgus - M. Ruddat - C. Yamu, *Urban Digital Twins for Smart Cities and Citizens. The Case Study of Herrenberg*, in *Sustainability*, 12/2020; T. Notcha - L. Wan - J.M. Schooling - A.K. Parlikad, *A Socio-Technical Perspective on Urban Analytics: The Case of City-Scale Digital Twins*, in *Journ. Urban Technol.*, 2020; T. Ruohomäki - E. Airaksinen - P. Huuska - O. Kesäniemi - M. Martikka - J. Suomisto, *Smart city platform enabling digital twin*, in *International Conference on Intelligent Systems (IS)*, 2018.

[19] Circa la datificazione e, più in particolare, relativamente a quel particolare mutamento spaziale e culturale indotto dal datismo, impossibile non rinviare alle ricostruzioni di Y.N. Harari, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, trad. it., Milano, 2018.

© Wolters Kluwer Italia

zio urbano – che Lefebvre poneva al centro della sua riflessione – rischia di essere svuotata di contenuto quando le decisioni fondamentali sulla configurazione della città vengono prese attraverso piattaforme digitali proprietarie sulle quali i cittadini non esercitano nessun reale potere di controllo.

La datificazione introduce, inoltre, forme e strategie inattese di esclusione che si sommano a quelle tradizionali [20], per cui chi non possiede gli strumenti tecnologici necessari, chi non dispone delle competenze digitali richieste, chi non accetta di cedere i propri dati personali come prezzo di accesso ai servizi urbani [21], si trova progressivamente marginalizzato rispetto a una città che – in una certa misura arroccata nella sua veste digitale – diventa sempre più inaccessibile. Di qui, non solo la necessità di ripensare l'effettività dei diritti all'interno dello spazio urbano digitalizzato e di riflettere sulla riconfigurazione della cittadinanza democratica [22], ma anche un appello a "recuperare" e a "valorizzare" il fondamentale ruolo sociale e giuridico svolto dalla città [23]: dispositivo giuridico-sociale frutto dell'intersezione fra spazio(i), diritto(i), potere(i) [24].

---

[20] In ordine alle conseguenze del processo di datificazione, cfr.: R. HEEKS - S. SHEKHAR, *Datafication, development and marginalised urban communities: an applied data justice framework*, in *Inf. Commun. Soc.,* 7/2019, pp. 992-1011; C. CHAKA, *Digital marginalization, data marginalization, and algorithmic exclusions: A critical southern decolonial approach to datafication, algorithms, and digital citizenship from the Souths*, in *E-Learn. Knowl. Soc.*, 3/2022, pp. 44-61; G. WILSON-MENZFELD - G. ERFANI - L. YOUNG-MURPHY - W. CHARLTON - H. DE LUCA - K. BRITTAIN - A. STEVEN, *Identifying and understanding digital exclusion: a mixed-methods study*, in *Behav. Inf. Technol.*, 2024.

[21] Sul fenomeno per cui i dati personali divengono il prezzo di accesso ai servizi digitali urbani, configurando una forma di esclusione per chi non acconsente a tale cessione, cfr. A. HINTZ - L. DENCIK - K. WAHL-JORGENSEN, *Digital citizenship in a datafied society*, Cambridge, 2019.

[22] Cfr. A. LARSSON - S. VIITAOJA, *Digital citizenship in a global society: a feminist approach*, in *Inf. Commun. Soc.*, 11/2021, pp. 1583-1598; M. PIETRANGELO, *Sui "diritti di cittadinanza digitale". Note a margine di un opaco percorso normativo*, in *Federalismi.it*, 8/2024; L. CECCARINI, *La cittadinanza online*, Bologna, 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014.

[23] Per una interessante panoramica – anche in chiave diacronica – cfr. J. RYKWERT, *L'idea di città. Antropologia della forma urbana nel mondo antico*, trad. it., Milano, 2002; M. CACCIARI, *La città*, Rimini, 2021.

[24] Cfr. F. SAITTA, *Il "diritto alla città": l'attualità di una tesi antica*, in *Ist. Federalismo*, 2/2021, pp. 325-355; A. CRICONIA (a cura di), *Una città per tutti. Diritti, spazi, cittadinanza*, Roma, 2019; M. BOTTIGLIERI, *Dal "diritto della città" al "diritto alla città"*, in *POLIS W. P.*, 209/2013.

© Wolters Kluwer Italia

2. *Smart* come paradigma: efficienza e/o esclusione?

Va detto subito che l'impiego della tecnologia (e in modo particolare delle tecnologie digitali) nella gestione dello spazio e della vita urbana non rappresenta una novità in senso assoluto. Ad essere propriamente inedita è, invece, la portata sistemica assunta dall'integrazione tecnologica e, in modo particolare, l'attitudine a connettere in tempo reale infrastrutture fisiche, flussi di dati e processi decisionali, con modalità e velocità che non hanno precedenti nella storia dell'amministrazione delle città [25].

Si badi: come è intuitivo, si tratta di una considerevole diversità di ordine quantitativo che, tuttavia, viene spesso percepita anche in chiave qualitativa. Vale a dire, come se la disponibilità di un numero elevatissimo di dati e la possibilità di avvalersi di algoritmi sempre più raffinati – di per sé – si ritraducesse nella garanzia di una *governance* cittadina più equa e, soprattutto, più giusta, nonché nella panacea di tutti i malanni che affliggono le nostre realtà urbane (disuguaglianze, barriere architettoniche, insicurezza, fenomeni violenti, degrado, inefficienza dei servizi, difficoltà nei trasporti, divari sociali, allocazione irrazionale e/o sversamento illegale dei rifiuti, fenomeni di ghettizzazione, esclusione, ...). Questa specie di equazione implicita deve essere necessariamente messa in discussione se non si vuole aderire a una visione parziale e sostanzialmente partigiana del paradigma *smart*. Un paradigma che – di certo – porta con sé innumerevoli ed evidenti vantaggi e che, tuttavia, può anche veicolare diverse criticità che, in questa sede, pur nella sintesi, meritano di essere prese in considerazione.

Preliminarmente, bisogna ricordare che nell'ambito del diritto positivo (sia quello europeo che quello italiano) la nozione di *smart city* ha, via via, guadagnato terreno all'interno dei documenti programmatici, delle varie strategie settoriali, come pure dei bandi di finanziamento e dei progetti di ricerca senza però mai essere oggetto di una definizione normativa condivisa e univoca che ne fissasse i contenuti con sufficiente ampiezza e adeguata precisione [26].

L'assenza di tipizzazione giuridica non è un dettaglio secondario.

---

[25] N. Komninos, *Intelligent Cities. Innovation, Knowledge Systems and Digital Spaces*, London, 2002, pp. 11 ss.; R. Kitchin, *The real-time city? Big data and smart urbanism*, in *GeoJourn.*, 79/2014, pp. 1-14.

[26] Y. Guerra, *Le smart cities. Alcune questioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 104-108; F. Fracchia - P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, 22/2015; G. Poli, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, cit., pp. 269-271.

© Wolters Kluwer Italia

Al contrario, tale lacuna indica che il paradigma *smart* opera in larga misura come un'etichetta che aggrega interventi fra loro decisamente eterogenei. Interventi che – indipendentemente dalla difformità – vengono comunque collocati sotto l'egida tecnologica e, al contempo, sono sottratti a quella trasparenza, a quella controllabilità e a quella partecipazione democratica, che richiederebbero obiettivi predefiniti, responsabilità chiaramente individuate e adeguati meccanismi di verifica [27].

Di qui – e al di là dei tantissimi e indiscutibili vantaggi del paradigma *smart* – anche diversi aspetti problematici, sui quali è opportuno porre l'accento.

i) Una delle conseguenze concrete maggiormente diffuse e meglio documentate di questo modo di procedere è rappresentata dalla produzione di una geografia urbana del tutto asimmetrica, nella quale i benefici dell'innovazione tecnologica si vanno a concentrare in quelle aree che sono già privilegiate, mentre le zone periferiche restano ai margini della trasformazione digitale, prive di tutte quelle infrastrutture, di quegli ausili e di quelle competenze che sono richieste per usufruire dei vantaggi e dei servizi offerti dalla città *smart* [28]. Si tratta di un'asimmetria che non è dovuta ad un errore (oppure a una distrazione) progettuale, ma che è il risultato prevedibile di modelli di *governance* che subordinano la distribuzione delle risorse alla capacità di attrarre investimenti privati, anziché alla necessità di assicurare a tutti il pieno (e uguale) godimento dei diritti sociali.

L'esito è una particolarissima forma di *gentrificazione* [29] digitale – un fenomeno ancora poco tematizzato dalla dottrina italiana – che nei fatti riproduce e amplifica quelle disuguaglianze che sono già sedimentate nella struttura originaria delle città, alle quali va ad aggiungersi un supplemento di legittimazione grazie al connubio con il progresso tecnologico [30]. Altrimenti detto ed in breve, si verifica una situazione per-

---

[27] G. DELLE CAVE, *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. intelligente*, cit., pp. 4 ss.; B. BALDINI, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, in *Federalismi.it*, 10/2024, pp. 1-3.

[28] F. DELLA SCALA, *Diritti sociali e inclusione nella città intelligente*, cit., pp. 897 ss.; S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, trad. it., Bologna, 2015, pp. 12 ss.; B. SECCHI, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Roma-Bari, 2013, pp. 35 ss.

[29] Nel dettaglio, con questo termine di derivazione anglosassone (da *gentrification*, "borghesizzazione") si allude a un peculiare processo di imborghesimento delle aree urbane un tempo appannaggio della classe operaia, la quale – non potendo più sostenere economicamente i nuovi *standard* del luogo – viene progressivamente soppiantata da una classe sociale più agiata.

[30] C. ACOCELLA - G. LANEVE, *Città intelligenti e diritti*, cit., pp. 246-250; E. SOJA,

© Wolters Kluwer Italia

versa e paradossale in cui il fattore tecnologico, anziché fungere da agente positivo nel superamento dei divari, va a sommarsi e ad acuire maggiormente le disparità iniziali.

ii) Un altro aspetto critico ha a che vedere con la struttura del potere che si consolida nelle infrastrutture digitali urbane. Nei modelli di partenariato pubblico-privato attraverso cui vengono realizzati i principali progetti di *smart city*, le grandi imprese tecnologiche detengono non solo le competenze tecniche ma spesso anche il controllo effettivo sui dati raccolti, sulle logiche di funzionamento dei sistemi e sulle finalità cui essi vengono destinati [31]. Questo particolare assetto genera evidenti e non trascurabili opacità nei confronti dei cittadini e rende assai difficile il controllo democratico su decisioni che – pur incidendo profondamente sulla vita quotidiana – vengono adottate secondo logiche e criteri che non sono accessibili ai singoli.

A ciò si aggiunga che l'accumulo di dati comportamentali prodotti dallo spazio urbano si traduce in valore economico privato, in ossequio a quei meccanismi che Shoshana Zuboff ha descritto con precisione come tratto strutturale del capitalismo della sorveglianza, del quale – più o meno consapevolmente – la città intelligente rischia di diventare uno degli *habitat* più fertili [32].

iii) Ulteriore profilo di cui è necessario tener conto è costituito dal fatto che i dati che circolano nelle reti urbane intelligenti non integrano informazioni neutre. Tali informazioni, infatti, rivelano abitudini, spostamenti, relazioni, orientamenti politici e condizioni di salute dei cittadini e/o di chiunque, per qualsiasi ragione, si trovi in quella determinata città. Il trattamento su larga scala di questi dati da parte di soggetti privati che operano in condizioni di scarsa trasparenza può determinare una significativa tensione strutturale rispetto al diritto all'autodeterminazione informativa (così come è stato elaborato e sviluppato nell'ambito della tradizione giuridica europea) [33].

E sempre in questo contesto, affiora anche la domanda circa la

---

Seeking Spatial Justice, cit., pp. 45 ss.; I. Iannuzzi - M. Sessa, *Smart city e gamification della sicurezza urbana. Un gioco a esclusione*, in *Sic. scienze soc.*, vol. XIII, 3/2025, pp. 26-54, spec. pp. 30-32.

[31] G. Poli, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, cit., pp. 280-290; J. Sadowski - F. Pasquale, *The Spectrum of Control: A Social Theory of the Smart City*, in *First Monday*, 7/2015; M. Hollands, *Critical Interventions into the Corporate Smart City*, in *Cambridge J. Reg. Econ. Soc.*, 1/2015, pp. 61-77.

[32] S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., pp. 97 ss.; A. Venanzoni, *Smart cities e capitalismo di sorveglianza. Una prospettiva costituzionale*, cit.

[33] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 101 ss.; M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham, 2015, pp. 57 ss.

© Wolters Kluwer Italia

qualificazione giuridica dei "dati urbani", ovvero se essi vadano considerati alla stregua di beni comuni (e, dunque, se debbano essere sottratti alla privatizzazione), oppure se debbano essere equiparati a materie prime (soggette a privatizzazione e a valorizzazione commerciale). Una questione, questa, che non è di natura meramente teorica, ma che è destinata ad avere conseguenze dirette sul regime di responsabilità dei soggetti che raccolgono queste informazioni, nonché sulle tutele delle quali cittadini possono avvalersi [34].

iv) Un'attenzione particolare, va poi senza dubbio riservata alle influenze e pure agli effetti che la *governance* algoritmica può determinare sulla vita (e sull'effettivo godimento dei diritti) della "popolazione urbana". Si è oramai dimostrato che i sistemi di intelligenza artificiale addestrati su dati storici tendono a replicarne e amplificarne i pregiudizi, generando decisioni sistematicamente distorte nei confronti di categorie già di per sé vulnerabili: minoranze etniche, persone con disabilità, fasce a basso reddito [35]. Nel dettaglio, si parla di *biased decisions* con riguardo ad episodi che non sono affatto accidentali, ma che sono le conseguenze strutturali di una metodologia che trasferisce nei modelli algoritmici le medesime asimmetrie di potere rinvenibili nei dati di partenza.

Di qui, tutta una serie di possibili distorsioni sotterranee, che sono in grado di orientare e di alterare l'allocazione delle risorse del *welfare* urbano, come pure la pianificazione della mobilità o, ancora, di interagire con la sorveglianza degli spazi pubblici. Vien da sé che la questione non possa essere letta in chiave eminentemente tecnica, non foss'altro perché – investendo direttamente la legittimità democratica – sollecita la ricerca di contromisure e di correttivi di tipo normativo [36].

v) Una dimensione critica ancora ampiamente trascurata dalla riflessione giuridica italiana sulla *smart city* concerne gli effetti differenziati che le politiche di innovazione digitale urbana producono su uomini e donne. La pianificazione intelligente della mobilità, ad esempio, tende a privilegiare modelli di spostamento tipicamente maschili, in-

---

[34] M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; A. PAPA, *Smart city e inclusione non solo digitale*, in *Nomos*, 3/2024, pp. 8-10.

[35] B. BALDINI, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 6-14; S. BAROCAS - A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California L. R.*, 3/2016, pp. 671-732.

[36] G. TROPEA, *Dal panottico alla dashboard della smart city securitaria*, cit., pp. 7-10; I. IANNUZZI - M. SESSA, *Smart city e gamification della sicurezza urbana*, cit., pp. 40-44.

© Wolters Kluwer Italia

centrati sul pendolarismo casa-lavoro lungo direttrici lineari, trascurando invece i *patterns* di mobilità più complessi e frammentati che caratterizzano le donne, spesso impegnate in spostamenti multipli legati alla cura familiare, all'accompagnamento di minori o anziani, alla gestione domestica. I sistemi di sicurezza urbana basati su algoritmi di predizione del crimine, analogamente, si concentrano prevalentemente su forme di criminalità predatoria negli spazi pubblici, mentre rimangono sostanzialmente ciechi rispetto alle forme di violenza di genere che le donne subiscono tanto negli spazi pubblici quanto in quelli semi-pubblici o domestici.

Le piattaforme digitali di partecipazione civica, inoltre, tendono a riprodurre e amplificare il divario di genere digitale esistente, risultando meno accessibili alle donne, in particolare a quelle appartenenti a fasce di età più avanzate, con minore scolarizzazione o con limitato accesso alle tecnologie. La gamification della sicurezza urbana, infine, rischia di rafforzare stereotipi di genere, premiando comportamenti conformi a ruoli tradizionali e penalizzando forme di autonomia femminile nello spazio pubblico. Questi profili di discriminazione algoritmica di genere non sono accidentali, ma derivano dal fatto che i dati storici su cui vengono addestrati i sistemi di intelligenza artificiale incorporano e perpetuano pregiudizi strutturali radicati nella società.

Per una città davvero intelligente e giusta, è quindi indispensabile che la progettazione delle infrastrutture digitali urbane integri fin dall'origine una prospettiva di genere, attraverso analisi d'impatto specifiche, il coinvolgimento attivo delle donne nei processi decisionali e la raccolta sistematica di dati disaggregati per sesso in tutti gli ambiti della vita urbana [37].

Da questo punto di vista, è importante sottolineare che il Consiglio di Stato ha elaborato già alcuni principi di rilevante portata sistematica. In modo particolare, con la pronuncia del 4 febbraio 2020, n. 881, la

[37] Sulla necessità di una prospettiva di genere nella progettazione delle *smart city*, v. C. Criado Perez, *Invisible Women: Data Bias in a World Designed for Men*, London, 2019; I. Sánchez De Madariaga - M. Roberts (eds.), *Fair Shared Cities. The Impact of Gender Planning in Europe*, Farnham, 2013; S. Whitzman - C. Legacy - C. Andrew - F. Klodawsky - M. Shaw - K. Viswanath (eds.), *Building Inclusive Cities: Women's Safety and the Right to the City*, London, 2013; K. Denton - S. Minner, *Gender and Smart Mobility: Designing for Diversity in Transport Systems*, in *Transp. Res. Interdiscip. Perspect.*, 2021, pp. 1-12; M. Alonso Raposo - B. Ciuffo - J. Després - E. Fernández Macías - C. Galassi - M. Grosso - A. Krasenbrink - J. Krause - L. Levati - A. Mourtzouchou - B. Saveyn - C. Thiel, *An Analysis of Possible Socio-Economic Effects of a Cooperative, Connected and Automated Mobility (CCAM) in Europe*, European Commission, Joint Research Centre, Luxembourg, 2019, pp. 67-89.

© Wolters Kluwer Italia

Sesta Sezione ha chiarito che la complessità tecnica di un algoritmo non può essere invocata come ragione per sottrarlo alla conoscibilità e alla sindacabilità in sede giurisdizionale. La formula matematica, per quanto sofisticata, deve essere tradotta nella regola giuridica che la sorregge e resa comprensibile tanto ai destinatari del provvedimento quanto al giudice che lo controlla. In altri termini, il Consiglio di Stato ha affermato un principio di fondamentale importanza per lo Stato di diritto nell'era digitale: l'algoritmo che orienta decisioni amministrative non può configurarsi come una scatola nera imperscrutabile, ma deve poter essere ricondotto a criteri giuridici intellegibili e sindacabili. Questa traducibilità non è un mero esercizio tecnico, ma costituisce una condizione essenziale di legittimità democratica dell'azione amministrativa.

Se il cittadino destinatario di un provvedimento amministrativo adottato con il concorso di sistemi automatizzati non può comprendere i criteri in base ai quali la decisione è stata assunta, viene meno la stessa possibilità di contestarla efficacemente in sede di autotutela o giurisdizionale. Analogamente, se il giudice amministrativo chiamato a sindacare il provvedimento non può penetrare la logica algoritmica che lo ha generato, il controllo giurisdizionale si riduce a mera ratifica formale, svuotando di contenuto le garanzie costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo.

Il principio di conoscibilità dell'algoritmo si salda così indissolubilmente con i diritti fondamentali del cittadino e con i principi costituzionali di trasparenza e buon andamento dell'amministrazione [38].

Si aggiunga, inoltre, che il principio di *non esclusività della decisione algoritmica* – in ragione del quale nessuna decisione che incida su situazioni giuridiche soggettive può essere integralmente demandata a un sistema automatizzato privo di supervisione umana responsabile – costituisce un'acquisizione preziosa che deve essere sviluppata sul piano dei principi generali, al di là del contesto specifico in cui è maturata [39].

Ora, al netto delle criticità sin qui rapidamente evidenziate, quella del paradigma *smart* al servizio dell'inclusione – piuttosto che della

---

[38] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10 della motivazione. Il principio era già stato enunciato da Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. Per un commento, cfr. I. NICOTRA - V. VARONE, *L'algoritmo, l'amministrazione digitale e il giudice*, in *Riv. AIC*, 4/2019.

[39] B. BALDINI, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 14-20; F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Cambridge, 2015.

© Wolters Kluwer Italia

sua erosione – non rappresenta affatto una prospettiva utopica, né, meno che mai, un'aspirazione velleitaria. Si tratta, piuttosto, di un'idea che si deve incastonare all'interno di un orizzonte normativo allineato ai principi dello Stato di diritto e improntato al rispetto di quei diritti fondamentali che sono sanciti tanto nelle carte fondamentali, come pure nell'*acquis* dell'Unione europea.

Nel dettaglio, la concretizzazione di questa idea richiede: *a)* l'adozione di scelte tecnologiche sottoposte a deliberazione democratica effettiva; *b)* la considerazione dei dati prodotti all'interno dello spazio urbano come risorse di interesse collettivo; *c)* la verificabilità e la contestabilità da parte dei cittadini degli algoritmi che orientano le decisioni pubbliche; *d)* l'impossibilità di escludere qualcuno dall'accesso ai servizi urbani per ragioni legate alla condizione economica o alla familiarità con gli strumenti digitali [40].

Se così, è evidente che – contrariamente a quella che si rivela essere una lettura semplicistica e, se vogliamo, anche piuttosto ingenua – la *smartificazione* delle città non rappresenta un valore in sé e, a maggior ragione, non deve nemmeno essere percepita come tale. Si tratta, piuttosto, di una strategia di ripensamento e di rimodellamento, di cui le modalità di realizzazione e le specifiche finalità devono essere calibrate di volta in volta, in ottemperanza a obiettivi sociali e giuridici ben definiti e nel rispetto di quelle che sono le linee tracciate dalla *governance* istituzionale.

Questa prospettiva trova, per altro, conferma e sviluppo ulteriore nella dottrina costituzionalista italiana, che ha evidenziato come la trasformazione digitale delle città non possa sottrarsi al vaglio dei principi fondamentali della Carta costituzionale. In particolare, il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. impone che le politiche *smart* non si limitino a rimuovere gli ostacoli formali all'accesso ai servizi digitali, ma agiscano attivamente per ridurre i divari materiali che impediscono a fasce significative della popolazione di beneficiare dell'innovazione tecnologica. Ciò significa che le amministrazioni locali, nell'adottare soluzioni *smart*, sono costituzionalmente tenute a predisporre forme alternative di accesso ai servizi per i cittadini privi di connessione *internet* o di competenze digitali adeguate, nonché a garantire che nessuna prestazione essenziale possa essere fruita esclusivamente attraverso canali digitali, pena la violazione del principio di universalità dei servizi pubblici.

---

[40] A. Papa, *Smart city e inclusione non solo digitale*, cit., pp. 4-7; C. Acocella - G. Laneve, *Città intelligenti e diritti*, cit., pp. 255-261.

© Wolters Kluwer Italia

Sul piano del diritto amministrativo, inoltre, i principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. richiedono che le scelte tecnologiche siano giustificate non solo dalla mera attrattività dell'innovazione o da logiche di efficienza astratta, ma da un'effettiva verifica della loro idoneità a perseguire l'interesse pubblico in modo più efficace rispetto alle alternative disponibili, senza produrre discriminazioni ingiustificate tra diverse categorie di utenti [41]. La tecnologia urbana, in altre parole, non può mai costituire un fine autonomo, ma deve restare uno strumento subordinato alla realizzazione dei diritti fondamentali e alla promozione dell'eguaglianza sostanziale.

3. Il quadro normativo: brevi cenni

Il problema della giustizia urbana nella trasformazione digitale non è rimasto estraneo all'attenzione del legislatore europeo. La *New Leipzig Charter* [42], adottata il 30 novembre 2020 dai ministri europei responsabili per lo sviluppo urbano, rappresenta il primo documento di orientamento politico europeo volto a affermare esplicitamente che le città devono essere considerate alla stregua di beni comuni e che la loro trasformazione – anche quella in chiave digitale – deve essere calibrata e misurata sulla capacità di promuovere il benessere di tutti i residenti, non soltanto di coloro i quali già dispongono delle risorse richieste per accedere ai servizi più avanzati [43].

Assai significativo è il fatto che la *Carta* orchestra questa visione sulla base del richiamo alla triade concettuale della città – simultaneamente – *giusta*, *verde* e *produttiva*. Ovvero, sul modello di una città nella quale la dimensione digitale non costituisce (e non deve assolutamente costituire) un obiettivo autonomo, bensì uno strumento propedeutico al raggiungimento di finalità sociali ben determinate ed espli-

---

[41] Sulla rilevanza costituzionale delle politiche digitali urbane e sul vincolo derivante dal principio di eguaglianza sostanziale, v. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., pp. 1149-1186; O. POLLICINO - G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, cit., pp. 35-62. Sul principio di buon andamento nell'amministrazione algoritmica, v. B. MARCHETTI, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nell'era digitale*, in *Dir. inform.*, 2/2020, pp. 341-368; M. MASSA, *Buon andamento e legittimo affidamento nella transizione digitale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.,* 1/2021, pp. 189-222.

[42] Il cui testo integrale è consultabile in rete al seguente *link*: *https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/brochure/new_leipzig_charter/new_leipzig_charter_en.pdf*.

[43] Cfr. Y. GUERRA, *Le smart cities*, cit., pp. 115-117.

© Wolters Kluwer Italia

cite, quali, ad esempio: la riduzione delle diseguaglianze, il rafforzamento della partecipazione democratica, la garanzia di un accesso universale ai servizi essenziali [44].

In questa prospettiva – e guardando in special modo all'Unione europea – è importante sottolineare che il regolamento (UE) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali rappresenta il principale strumento di tutela dei cittadini di fronte alle logiche di raccolta e di valorizzazione dei dati che le infrastrutture tecnologiche della *smart city* attivano e incentivano. Il campo di applicazione del *GDPR*, del resto, si estende anche ai trattamenti di dati personali effettuati nell'ambito del contesto urbano digitalizzato, compresi quei trattamenti che sono realizzati da soggetti privati che gestiscono servizi urbani in regime di concessione o di partenariato pubblico-privato [45].

È significativo notare come già da queste primissime indicazioni affiorino alcune possibili tensioni. Si pensi, ad esempio, al fatto che il principio di minimizzazione dei dati (art. 5, par. 1, lett. *c*)), che impone di raccogliere soltanto quei dati che sono adeguati, pertinenti e limitati rispetto alle finalità per le quali sono trattati, entra in rotta di collisione con la logica dei *big data* urbani, che ambisce al raccoglimento del maggior numero possibile di informazioni, nell'attesa che la loro successiva elaborazione possa rivelare correlazioni utili. Si pensi, poi, all'obbligo di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (art. 35), che si applica con particolare forza ai trattamenti urbani su larga scala, i quali – per definizione – possono incidere su un numero decisamente elevato di persone, producendo rischi sistemici. Nella stessa direzione, anche il già richiamato diritto di non essere sottoposto a decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato (art. 22), che nel contesto della *smart city* trova una delle sue applicazioni più delicate, dal momento che qui le decisioni algoritmiche vanno ad orientare l'allocazione delle risorse pubbliche urbane, determinando effetti giuridicamente rilevanti sui destinatari.

Sempre con riguardo all'*acquis* dell'Unione, alquanto significativo è il regolamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*) sull'intelligenza artificia-

---

[44] Più in particolare, a proposito del concetto di *just city* come orizzonte normativo dell'*Agenda urbana europea*, cfr.: F. Della Scala, *Diritti sociali e inclusione nella città intelligente*, cit., pp. 905 ss.; S. Antoniazzi, *Smart City: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili) di innovazione*, in *Federalismi.it*, 22/2018.

[45] A proposito dell'applicazione del GDPR alle infrastrutture digitali urbane, cfr. A. Mantelero, *AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment*, cit., pp. 762-768; B. Baldini, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 16-22.

© Wolters Kluwer Italia

le, entrato in vigore il 1° agosto 2024. L'*AI Act*, invero, disegna la prima cornice normativa orizzontale al mondo in tema di IA, conferendo una rilevanza di primo piano – seppure in via interpretativa – alla *smart city* [46]. Il legislatore europeo ha scelto un approccio basato sul rischio, che classifica i sistemi di intelligenza artificiale in quattro diverse categorie: 1) pratiche vietate; 2) sistemi ad alto rischio; 3) sistemi a rischio limitato; 4) sistemi a rischio minimo o nullo.

Per ciò che attiene alla città digitale, i divieti assoluti enunciati dall'art. 5 del regolamento includono i sistemi di *social scoring* (vale a dire quei meccanismi di valutazione e classificazione delle persone che operano sulla base del loro comportamento sociale o di precise caratteristiche personali, con effetti pregiudizievoli in contesti diversi rispetto a quelli in cui i dati sono stati originariamente generati), che rappresentano – come a breve si dirà – una delle possibili degenerazioni della *gamification* applicata allo spazio urbano [47].

Si aggiunga che, sul versante dei sistemi ad alto rischio, l'allegato

---

[46] È opportuno chiarire che sul piano strettamente lessicale, il regolamento (UE) 2024/1689 non impiega espressamente il termine "*smart city*". Il collegamento tra l'*AI Act* e la *governance* digitale dello spazio urbano è piuttosto un'acquisizione interpretativa della dottrina e della prassi applicativa, fondata sul rilievo che molti sistemi di intelligenza artificiale implementati nelle città intelligenti rientrano nelle categorie disciplinate dal regolamento tra i "sistemi ad alto rischio". In particolare, l'Allegato III dell'*AI Act* include espressamente tra i sistemi ad alto rischio "*i sistemi destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali critiche, del traffico stradale o nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità*" (Allegato III, punto 2), categorie che costituiscono l'ossatura infrastrutturale delle *smart city* contemporanee. Nella stessa direzione, il regolamento si applica altresì ai sistemi utilizzati per la gestione dei servizi pubblici essenziali, per la sicurezza degli spazi accessibili al pubblico e per l'allocazione delle risorse urbane. Questa estensione interpretativa ha trovato conferma nella prassi amministrativa e nella letteratura specialistica, che riconoscono nell'*AI Act* il primo strumento normativo organico applicabile anche ai sistemi algoritmici impiegati nella pianificazione e nella gestione urbana. Per un inquadramento sistematico dell'interazione tra *AI Act* e *governance* urbana, v.: S.E. BIBRI - J. HUANG, *Artificial intelligence of things for sustainable smart city brain and digital twin systems: Pioneering Environmental synergies between real-time management and predictive planning*, in *Environ. Sci. Ecotechnology*, 26/2025.

[47] In modo particolare, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. *c*), reg. (UE) 2024/1689, risultano sono vietate tutte quelle pratiche di IA che comportano la valutazione o la classificazione di persone fisiche sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità, con effetti pregiudizievoli per tali persone in contesti sociali non correlati a quello in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti, ovvero che sono ingiustificati o sproporzionati rispetto alla gravità del comportamento sociale. Per un'analisi incentrata nel contesto della *smart city*, cfr. I. IANNUZZI - M. SESSA, *Smart city e gamification della sicurezza urbana*, cit., pp. 44-50.

© Wolters Kluwer Italia

III dell'*AI Act* include espressamente i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento di infrastrutture critiche, tra le quali rientrano le reti di trasporto, le reti energetiche e i sistemi idrici che costituiscono la spina dorsale delle città intelligenti [48]. Per questi sistemi il regolamento impone obblighi sostanziali: *i)* gestione del rischio lungo l'intero ciclo di vita, *ii)* qualità e pertinenza dei dati di addestramento, *iii)* documentazione tecnica dettagliata, *iv)* trasparenza verso gli utenti, *v)* supervisione umana effettiva e *vi)* valutazione di conformità prima dell'immissione sul mercato [49].

Tutti obblighi che – nel momento in cui trovano applicazione a tecnologie impiegate nell'amministrazione urbana – ridisegnano in modo sostanziale e netto il perimetro delle responsabilità dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti tanto nella progettazione come pure nella gestione delle infrastrutture digitali della città.

Nel panorama normativo italiano, premesso che il *Codice dell'Amministrazione Digitale* (d. lgs. n. 82/2005, come modificato e successivamente integrato) rappresenta lo strumento normativo fondamentale per l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche nell'esercizio delle funzioni amministrative, la recente l. 23 settembre 2025, n. 132, recante *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale* [50], all'art. 14, co. 2, stabilisce che:

> "*l'utilizzo dell'intelligenza artificiale [nella pubblica amministrazione] avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale*".

La convergenza tra il quadro normativo europeo e quello italiano

---

[48] Per la rilevanza di questa classificazione rispetto alle tecnologie di gestione urbana, cfr. B. Baldini, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 22-26.

[49] Art. 9-15, reg. (UE) 2024/1689: i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio sono tenuti a istituire un sistema di gestione dei rischi, a garantire la qualità e la pertinenza dei dati di addestramento, a predisporre documentazione tecnica e registri automatici delle operazioni, ad assicurare trasparenza e supervisione umana, nonché ad effettuare valutazione di conformità prima dell'immissione sul mercato.

[50] In commento, cfr. F. Patroni Griffi, *La legge italiana sull'intelligenza artificiale tra principi etici e deleghe normative*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2025, pp. 789-798; M. Passalacqua, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: note sulla legge n. 132 del 2025*, in *Dir. pubbl.*, 3/2025, pp. 891-916.

© Wolters Kluwer Italia

sottopone alle amministrazioni locali sfide regolative di notevole complessità. Ad esempio, quando i Comuni adottano sistemi algoritmici per gestire la mobilità, monitorare gli spazi pubblici, allocare le risorse sociali oppure per orientare la pianificazione urbanistica, essi si trovano a operare all'intersezione di almeno tre diversi corpi normativi, vale a dire: *a)* il *GDPR* per ciò che riguarda il trattamento dei dati personali; *b)* l'*AI Act* per ciò che riguarda la progettazione e l'impiego dei sistemi algoritmici, *c)* il quadro del diritto amministrativo nazionale con specifico riferimento ai principi di legalità, di trasparenza e di partecipazione procedimentale [51].

La dottrina ha ormai chiarito che la cosiddetta legalità algoritmica – vale a dire la conformità delle decisioni automatizzate ai principi che governano l'azione amministrativa – non possa essere assicurata né semplicemente richiamando le garanzie del procedimento tradizionale, né delegando integralmente la questione al legislatore europeo. Al contrario, essa esige un continuo lavoro di adattamento e di integrazione normativa, che la riflessione giuridica deve riattivare sul piano dei principi e che il legislatore nazionale, da par suo, è chiamato a tradurre in regole operative.

Da questo punto di vista – e soprattutto in questa sede – sono due i principi che meritano d'esser segnalati in quanto particolarmente fecondi per lo sviluppo del diritto della *smart city*. Il primo principio è quello della *supervisione umana effettiva rispetto alle decisioni algoritmiche* [52] – un principio che tanto il *GDPR* (art. 22) quanto l'*AI Act* (art. 14) consacrano con formulazioni diverse ma comunque sia assolutamente sovrapponibili e convergenti – in base al quale nessuna decisione destinata a incidere su situazioni giuridiche soggettive può essere integralmente affidata ad un sistema automatizzato senza che una persona responsabile ne verifichi la correttezza e ne assuma la paternità [53]. Il secondo principio è quello che la giurisprudenza del Con-

---

[51] Per le implicazioni giuridiche della c.d. legalità algoritmica nell'azione amministrativa e per la sua connessione con i principi di trasparenza e partecipazione procedimentale, cfr. B. BALDINI, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 26-32; I. NICOTRA - V. VARONE, *L'algoritmo, l'amministrazione digitale e il giudice*, cit.

[52] Un principio che, per altro, affiora anche tra le pieghe della l. 23 settembre 2025, n. 132.

[53] Cfr. S. WACHTER - B. MITTELSTADT - L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Priv. Law*, 2/2017, pp. 76-99.

© Wolters Kluwer Italia

siglio di Stato ha individuato come obbligo di *conoscibilità dell'algoritmo*, al quale si è già fatto cenno in precedenza.

Due principi – questi – che si integrano vicendevolmente e che costituiscono un binomio inscindibile. Invero, la supervisione umana ha senso solo se chi supervisiona comprende effettivamente il meccanismo che è chiamato a controllare, mentre la conoscibilità dell'algoritmo rappresenta una condizione necessaria affinché la supervisione non si riduca a una mera ratifica formale priva di una reale capacità di verifica e di una concreta *chance* di intervento correttivo. In breve, per un verso, la supervisione umana ha senso solo nel momento in cui si è in condizione di comprendere appieno il funzionamento del dispositivo/meccanismo da supervisionare e, specularmente, la conoscibilità dell'algoritmo rappresenta una precondizione necessaria se si vuole che la vigilanza dell'umano non si traduca in una mera (e sostanzialmente cieca) ratifica formale.

A questi strumenti normativi si aggiunge, nel panorama europeo, il regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act – DSA*), entrato in applicazione il 17 febbraio 2024. Sebbene il *DSA* disciplini principalmente le piattaforme digitali di intermediazione *online* e i servizi di *hosting*, alcuni dei suoi principi in materia di trasparenza algoritmica, *accountability* e tutela dei diritti fondamentali forniscono un quadro interpretativo utile anche per la *governance* delle piattaforme digitali urbane.

In particolare, gli obblighi di trasparenza sui sistemi di raccomandazione (art. 27), le disposizioni sulla moderazione dei contenuti (art. 14-16) e i meccanismi di reclamo e ricorso (art. 17-20, 53) possono essere estesi analogicamente ai servizi digitali urbani che, pur non rientrando formalmente nell'ambito di applicazione del *DSA*, presentano caratteristiche strutturalmente analoghe in termini di intermediazione algoritmica tra cittadini e servizi pubblici [54].

Sul piano giurisprudenziale, oltre alla già citata sentenza n. 881/2020 del Consiglio di Stato, degne di nota sono: la pronuncia del TAR Lazio n. 3769 del 22 marzo 2017 (che ha stabilito il principio secondo il quale il codice sorgente di un algoritmo utilizzato dalla pubblica amministrazione deve essere equiparato a un documento amministrativo [dunque accessibile ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990]),

[54] A proposito del *Digital Services Act* e delle sue implicazioni per la *smart city*, v. M. Bassini - G. De Gregorio, *Governing Digital Platforms: The DSA and Beyond*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 14/2023, pp. 234-256; O. Pollicino - G. De Gregorio, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2024, pp. 178-203

© Wolters Kluwer Italia

come pure le sentenze del Consiglio di Stato nn. 8472, 8473 e 8474 del 13 dicembre 2019, che hanno ribadito l'ammissibilità del ricorso agli algoritmi anche nelle procedure connotate da discrezionalità amministrativa, a condizione che siano rispettati i principi di trasparenza, di conoscibilità e di sindacabilità giurisdizionale [55].

Tale orientamento fornisce principi direttamente applicabili alla *governance* algoritmica dello spazio urbano, imponendo che le scelte incorporate negli algoritmi utilizzati per gestire servizi pubblici siano rese esplicite, vengano adeguatamente motivate e siano sindacabili.

Il quadro normativo che emerge da questo insieme di fonti – l'*Agenda urbana europea*, il *GDPR*, il *Digital Services Act*, l'*AI Act*, il *PNRR*, la giurisprudenza amministrativa e, di recente, la l. 132/2025 – non delinea ancora un sistema coerente, uniforme e privo di lacune, ciononostante ci restituisce con sufficiente chiarezza il perimetro entro cui la trasformazione digitale delle città deve muoversi se vuole restare fedele ai valori costituzionali e ai diritti fondamentali [56].

La riflessione filosofico-giuridica è chiamata a contribuire a questo processo in modo specifico, non tanto sovrapponendosi all'analisi tecnico-giuridica delle singole norme, quanto più elaborando quei principi imprescindibili che devono orientarne l'interpretazione e andare colmarne le lacune, in un perenne (e assolutamente necessario) movimento fra lo *jus condituum* e lo *jus condendum* [57], nell'intento di riaffermare e di preservare la legittimità democratica delle scelte tecnologiche che vanno ad incidere sulla vita di chi a vario titolo vive la città. Una questione, questa, che richiede l'elaborazione di una teoria della giustizia urbana, che sia capace di dialogare con il diritto vigente senza tuttavia dissolversi in esso [58].

---

[55] Sulla giurisprudenza amministrativa in materia: G. CARULLO - V. CANALINI, *L'algoritmo come atto amministrativo informatico*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2017, pp. 781-789; F. FRANCARIO, *Intelligenza artificiale e decisione amministrativa*, in *Dir. pubbl.,* 2/2020, pp. 403-438; G. TROPEA, *La trasparenza algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 12/2020.

[56] In modo particolare, cfr.: A. MANTELERO, *AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment*, cit., pp. 770-772; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 190 ss.

[57] Ancora straordinariamente attuali le intuizioni di S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968.

[58] G. POLI, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, cit., pp. 294-300; G. DELLE CAVE, *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. intelligente*, cit., pp. 14-18.

© Wolters Kluwer Italia

4. Dallo *smart* al *game*. Come cambia la configurazione urbana

Si badi: se, da un lato, il paradigma *smart* individua il contesto entro il quale la tecnologia digitale organizza lo spazio cittadino e ridisegna le relazioni di potere, da un altro lato, il *game* – o meglio la *gamification urbana* [59] – rappresenta una delle manifestazioni più plateali e palpabili di una logica (e di quella strategia di gestione, di orientamento e di condizionamento) che nell'approccio *smart* rimane sotterranea e sfumata. Altrimenti detto ed in breve, la *gamification* risponde a quell'idea secondo la quale, per un verso, i comportamenti dei cittadini possono essere veicolati e plasmati mediante il ricorso a incentivi, a punteggi oppure a particolari meccanismi di riconoscimento e, per un altro verso, la *governance* della città può essere efficacemente esercitata tramite strategie capaci di guidare i comportamenti, in luogo dei divieti, delle azioni coercitive o delle prescrizioni dirette [60].

Va detto subito che l'applicazione di un lessico e di schemi ludici alla gestione urbana non è più un fenomeno sperimentale. Al contrario, oramai in numerose città italiane ed europee, infatti, sono state implementate *App* che premiano, con punti convertibili in benefici economici, i residenti che adottano comportamenti virtuosi (come, ad esempio, il rispetto della raccolta differenziata oppure l'attenzione al risparmio energetico...). La città si è così tramutata in una specie di campo di gioco in cui ogni interazione è tracciata, valutata e remunerata oppure è sanzionata secondo criteri prestabiliti da chi governa il sistema (o, meglio, i sistemi).

Per comprendere la portata di questo fenomeno sul piano giuridico e filosofico, è utile collocarlo nel più ampio quadro del governo comportamentale e distinguerlo con precisione dal cosiddetto *nudge* classico. La *gamification*, invero, non si limita a predisporre contesti che rendono più agevole o più visibile un'opzione di *default* rispetto ad altre: essa costruisce, piuttosto, un'architettura del significato che attribuisce valore, identità e *status* agli individui attraverso metriche precise, progressi e narrazioni di ruolo [61]. Più nel dettaglio, mentre il *nudge* agisce sull'atto della scelta – rendendola più o meno visibile, più o me-

---

[59] In tema, cfr. M.N. Campagnoli - M. Farina, *Il diritto (e i diritti) in gioco? La gamification tra "governo dei comportamenti", strategie di sorveglianza e nuove forme di esercizio del potere*, in *Calumet*, 25/2026, pp. 1-23.

[60] S. Deterding - D. Dixon - R. Khaled - L. Nacke, *From game design elements to gamefulness: defining "gamification"*, in *Proceedings of the 15th International Academic MindTrek Conference*, ACM, 2011, pp. 9-15; I. Iannuzzi - M. Sessa, *Smart city e gamification della sicurezza urbana. Un gioco a esclusione*, cit., pp. 26-30.

[61] C. Marciano - V. Idone Cassone - E. Onnis, *Città in gioco. La Smart City tra*

© Wolters Kluwer Italia

no costosa, più o meno attrattiva – la *gamification* agisce sull'impostazione strutturale-comportamentale-decisionale stessa (come pure sulla possibile reputazione e sull'eventuale valutazione) del soggetto che procede alle scelte, trasformandone nel tempo le aspettative, i criteri di autovalutazione e l'immagine (ora, nell'ottica di un cittadino competente, ora, invece, di un cittadino che risulta inadeguato). Ad essere in gioco, quindi, non è più la singola preferenza opzionata, bensì il profilo stesso del carattere civico che il sistema ludico favorisce o, al contrario, scoraggia [62].

La dottrina italiana ha cominciato a interrogarsi su questa distinzione, intravvedendo nella *gamification* una declinazione particolarmente penetrante del più ampio fenomeno del governo comportamentale. A differenza del *nudging* in generale – che per definizione non pregiudica la libertà di scegliere diversamente e si esaurisce in un singolo pungolo o in un preciso punto di contatto/suggerimento/sollecitazione – i sistemi gamificati operano lungo traiettorie temporali estese, sedimentando profili reputazionali che generano e accumulano valore simbolico e, sempre più spesso, anche valore materiale concreto [63]. Quando questi sistemi si innestano su infrastrutture di raccolta continua dei dati e di profilazione adattiva, si trasformano in ciò che la letteratura anglosassone ha definito *iper-nudging*, ossia: una modulazione permanente dell'ambiente decisionale che apprende dai comportamenti passati per ricalibrare in tempo reale le soglie di premio e le dinamiche di ingaggio, facendo venir meno la soglia del *cerchio magico* [64] e rendendo, di fatto, indistinguibile il discrimina fra la dimensione interna (il dentro) e la dimensione esterna (il fuori) del gioco [65].

---

neoliberalismo municipale e riduzione della complessità, in *Riv. trim. sc. amm.*, 3/2020, pp. 73-102, spec. pp. 78-82.

[62] Sul piano antropologico-filosofico, la critica kantiana all'eteronomia rimane il punto di riferimento fondamentale: I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it., Roma-Bari, 2010, pp. 80 ss. Per l'applicazione al contesto del governo comportamentale, v. R. HERTWIG - T. GRÜNE-YANOFF, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspect. Psychol. Science*, 6/2017, pp. 973-986.

[63] G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione*, in *Il diritto delle autonomie territoriali*, 1/2022, pp. 31-64, spec. par. 6 "Nudge e digitalizzazione: la cd. gamification delle politiche pubbliche"; A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, pp. 87 ss.

[64] Cfr. M.N. CAMPAGNOLI - M. FARINA, *Ontologia del gioco e fenomenologia del controllo. La gamification come paradigma di governo dei comportamenti e riconfigurazione della sorveglianza digitale*, in M.N. CAMPAGNOLI - R. FIDANZIA - I. IANNUZZI (a cura di), *Gamification. Applicazioni, orizzonti, limiti. Percorsi giuridico-filosofici, sociologici, biopolitici*, Roma, 2026.

[65] K. YEUNG, *"Hypernudge": Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in

© Wolters Kluwer Italia

L'ambito della sicurezza urbana offre uno dei terreni privilegiati per osservare queste dinamiche in azione. In alcune città, ad esempio, si sperimentano applicazioni che premiano i residenti per la segnalazione di comportamenti anomali o di situazioni di degrado, assegnando punti e riconoscimenti a chi interagisce più attivamente con la piattaforma stessa. Questo modello realizza, nella pratica, una forma di esternalizzazione della funzione di sorveglianza urbana nei confronti dei cittadini, trasformandoli da soggetti meritevoli di tutela a entità che agiscono all'interno di un sistema di controllo trasversale e diffuso [66]. La dinamica alla quale si rinvia è quella della microfisica del potere, oggetto delle importanti riflessioni di Foucault. Una dinamica, questa, che oggi si presenta come rinnovata e altamente potenziata dalla tecnologia. Del resto, è intuitivo che, nel momento in cui il territorio è costellato da una rete di osservatori/controllori volontari che "giocano a fare la guardia" in cambio di punti e/o di riconoscimenti, non c'è più bisogno di ricorrere ad un apparato istituzionale centralizzato di sorveglianza. In questo senso può dirsi che la *dashboard* della *smart city* securitaria invera e sostituisce la logica del *panoptico* non già abolendo il controllo, ma distribuendone in modo frammentato e pulviscolare l'esercizio tra i sorvegliati stessi, che non sanno più con precisione di essere tali [67].

Il riferimento al sistema dei crediti sociali cinese – pur con tutta la necessaria cautela comparatistica imposta dalla enorme diversità dei contesti istituzionali – mostra efficacemente la direzione verso cui tendono le logiche gamificate quando non incontrino argini normativi adeguati. Quel sistema, che la letteratura ha descritto come un assemblaggio di pratiche eterogenee convergenti verso la trasformazione del comportamento quotidiano in un indice di conformità sociale che abilita o limita l'accesso a beni e servizi, non è la caricatura distopica di un'ideologia aliena: è la logica estensione, portata alle sue conclusioni, di meccanismi già presenti, in forma embrionale, nelle piattaforme di *gamification* urbana delle democrazie occidentali [68].

Inf. Commun. Soc., 1/2017, pp. 118-136; S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., pp. 315 ss.

[66] I. Iannuzzi - M. Sessa, *Smart city e gamification della sicurezza urbana*, cit., pp. 31-40; A. Vanolo, *Smartmentality: The Smart City as Disciplinary Strategy*, in *Urban Studies*, 5/2014, pp. 883-898, spec. pp. 889-893.

[67] Nel panorama italiano, fra i primi a riflettere sul passaggio dal panottico al synottico che si realizza nel contesto della rete, cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Diritto e Cyberspace*, Torino, 2000.

[68] Sul caso dei crediti sociali cinesi come sistema reputazionale sistemico, v. R. Creemers, *China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control*, Leiden,

© Wolters Kluwer Italia

La differenza è di grado, non di natura, e questa continuità strutturale impone di interrogarsi con serietà sui limiti normativi che le democrazie costituzionali devono porre ai sistemi di valutazione reputazionale applicati allo spazio urbano. Non a caso l'*AI Act* ha incluso tra le pratiche vietate in assoluto proprio i sistemi di *social scoring* gestiti da soggetti pubblici, riconoscendo che la valutazione del comportamento sociale dei cittadini con effetti pregiudizievoli sulla loro vita quotidiana è incompatibile con i valori fondanti dell'ordinamento europeo [69].

A fronte di quanto sin qui brevemente osservato è chiaro che sul piano dell'eguaglianza sostanziale, i sistemi di *gamification* urbana pongono problemi che si sovrappongono a quelli già analizzati con riguardo alla *smart city* in generale, ma con un'intensità particolare.

I punteggi e le classifiche producono gerarchie tra i cittadini che si presentano come il riflesso del merito individuale, ma che in realtà dipendono in larga misura dalla disponibilità di tempo libero, di risorse economiche, di competenze digitali e di condizioni di vita che non sono distribuite in modo eguale nella popolazione urbana. Chi non possiede uno *smartphone*, chi per ragioni di salute o di lavoro non può modificare le proprie abitudini di mobilità, chi abita in un quartiere privo di infrastrutture adeguate, si ritrova ad essere strutturalmente svantaggiato in un sistema che misura la virtù civica in termini di *performance* gamificata [70].

Si realizza così una forma di discriminazione indiretta che, pur non essendo intenzionale, produce effetti sproporzionati sulle categorie più vulnerabili, colpendo proprio chi avrebbe maggiore bisogno di tutela da parte di un'amministrazione pubblica ispirata al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

Ed è in questo senso che la critica filosofica più radicale ai sistemi di *gamification* applicati alla *governance* urbana non riguarda la loro efficacia – che in molti casi è ben documentata –bensì il modello an-

---

2018; G. KOSTKA, *China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval*, in *New Media Soc.*, 7/2019, pp. 1565-1593. Per le implicazioni democratiche del confronto con le democrazie occidentali, v. I. IANNUZZI - M. SESSA, *Smart city e gamification della sicurezza urbana*, cit., pp. 44-50.

[69] Sul nesso tra *gamification* urbana e rischio di *social scoring* anche in contesti democratici, v. C. MARCIANO - V. IDONE CASSONE - E. ONNIS, *Città in gioco*, cit., pp. 90-97.

[70] B. BALDINI, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 8-12; S. BAROCAS - A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., pp. 696-710; G. PITTELLI, *Cittadinanza amministrativa. Onere tecnologico sul cittadino e stakeholder participation*, tesi di dottorato, 2019.

© Wolters Kluwer Italia

tropologico che li sorregge. Quel modello concepisce il cittadino non come soggetto autonomo capace di deliberazione razionale sui fini dell'azione collettiva, ma come utente di una piattaforma da orientare attraverso incentivi, sfide e ricompense. La distinzione tra autonomia ed eteronomia rimane, in questa prospettiva, il metro critico più affilato: un comportamento adottato non per adesione razionale a un valore condiviso, ma per ottenere punti o evitare la perdita di *status* reputazionale, è un comportamento eteronomo anche quando si presenta con i tratti seduttivi del gioco [71]. La *gamification* non coincide con coscienza civica, ne rappresenta, più che altro, la controfigura tecnocratica che mira alla produzione di adesione e conformità formale.

Muovendo da queste premesse, la filosofia del diritto è chiamata a individuare le condizioni alle quali l'impiego di meccanismi gamificati nella *governance* urbana può essere considerato compatibile con i principi costituzionali e con il quadro normativo europeo. L'*AI Act* offre in questa direzione alcune indicazioni preziose: gli obblighi di trasparenza, di supervisione umana e di non discriminazione che si applicano ai sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio impiegati nell'erogazione di servizi essenziali valgono *a fortiori* per i sistemi che, attraverso la logica ludica, incidono sulla reputazione e sull'accesso alle risorse urbane [72]. La dottrina europea ha individuato un canone minimo di legittimità che può essere sintetizzato in quattro esigenze: 1) la finalità pubblica deve essere dichiarata e controllabile, 2) la proporzionalità tra meccanismi impiegati e obiettivi perseguiti, 3) la trasparenza effettiva sulle regole e sulle metriche del sistema, 4) la reversibilità degli effetti reputazionali che impedisca al punteggio di cristallizzarsi in un destino incontrovertibile [73].

Si badi, non si tratta di condannare aprioristicamente ogni forma di incentivazione ludica dei comportamenti civici, che può svolgere una funzione abilitante e partecipativa preziosa quando le sue finalità siano

---

[71] Sulla distinzione tra eteronomia e autonomia sostanziale nel governo comportamentale, v. R. Hertwig - T. Grüne-Yanoff, *Nudging and Boosting*, cit., pp. 979-983; A. Zito, *La nudge regulation*, cit., pp. 103 ss.

[72] Art. 9-15, reg. (UE) 2024/1689: obblighi per i sistemi di IA ad alto rischio in materia di trasparenza, supervisione umana e non discriminazione. V. anche art. 22, reg. (UE) 2016/679: diritto di non essere sottoposto a decisioni automatizzate. Per la connessione tra questi obblighi e la legittimità della *gamification* pubblica, v. B. Baldini, *Città intelligenti, decisioni "biased" e rischi di esclusione*, cit., pp. 26-30.

[73] Per i criteri di legittimità dei sistemi gamificati nel diritto positivo europeo, v. A. Alemanno - A.L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford, 2015; G. Tropea, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione*, cit., pp. 52-60; A. Zito, *La nudge regulation*, cit., pp. 119 ss.

© Wolters Kluwer Italia

genuinamente pubbliche e le sue regole siano trasparenti e contestabili. Si tratta, piuttosto, di rifiutare l'idea che la *gamification* urbana sia una tecnica neutrale e inoffensiva, e di riconoscere che essa porta con sé una visione del modo di abitare la città che deve essere oggetto di valutazione politica e normativa. In questo senso, una città gamificata che orienti comportamenti attraverso punteggi e classifiche, senza alcuna garanzia di trasparenza né alcuna possibilità reale di contestazione, non amplia affatto l'autonomia dei cittadini, al contrario la sostituisce con una forma di obbedienza ludica che è, a tutti gli effetti, una forma di governo autoritario delle condotte.

5. Costruire una città giusta, tecnologicamente e democraticamente sostenibile

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato che la tensione che può crearsi tra le strabilianti promesse del paradigma *smart* e i possibili rischi che esso può portare con sé non si risolve affatto sul piano tecnico, bensì su quello normativo e assiologico. La domanda su che cosa renda una città genuinamente *smart* (nelle tante sfumature e accezioni possibili del lemma: intelligente, razionale, performante, agile, bella...) non può ricevere risposta adeguata solamente misurando la sofisticazione delle sue infrastrutture digitali o l'efficienza dei suoi servizi algoritmici, al contrario, necessita di un criterio di giudizio che sia, per così dire, esterno alla tecnologia stessa e che, in un certo qual modo, la preceda logicamente e la superi (e sostenga) assiologicamente. Tale criterio non può che essere il diritto alla città, inteso non già come enunciazione programmatica priva di conseguenze operative, ma come metro normativo attraverso il quale valutare se la trasformazione digitale dello spazio urbano ampli o restringa la possibilità effettiva di ciascuna persona di esercitare i propri diritti fondamentali [74]. Un criterio, questo, che affonda le sue radici nell'art. 3, co. 2, Cost., che impone alla Repubblica di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Se così, appare evidente che ogni politica di *smart city* che produca nuove barriere di accesso, che amplifichi le diseguaglianze preesi-

[74] H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., pp. 7 ss.; D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città. Neoliberalismo, urbanizzazione, resistenze*, trad. it., Verona, 2016, pp. 13 ss.; P. MARCUSE, *Whose Right(s) to What City?*, cit., pp. 29-35.

© Wolters Kluwer Italia

stenti oppure che concentri i benefici dell'innovazione tecnologica solamente in alcune aree privilegiate a scapito delle periferie, contravviene a questa prescrizione costituzionale a prescindere dal grado di sofisticazione tecnologica degli strumenti impiegati.

Ciò che deve essere chiarito – rispetto alla possibile tentazione di ridurre il profilo della *smart city* a quello di una città ipertecnologica – è che l'eguaglianza sostanziale non rappresenta un obiettivo aggiuntivo da perseguire quando le condizioni lo consentano: è piuttosto una condizione di legittimità senza la quale il paradigma *smart* non merita il sostegno delle istituzioni pubbliche [75].

Muovendo da questo assioma, è possibile articolare tre criteri normativi che devono guidare la valutazione di ogni progetto di trasformazione digitale urbana, compresi i meccanismi di *gamification* applicati allo spazio cittadino.

i) Il primo criterio è quello dell'*emancipazione*, in base al quale una tecnologia urbana deve essere considerata normativamente legittima nel momento in cui: amplia gli spazi di libertà individuale e collettiva, facilita la partecipazione democratica, riduce le diseguaglianze di accesso alle risorse, rende più trasparenti i processi decisionali che incidono sulla vita dei residenti. Di contro, essa diventa normativamente inaccettabile quando: concentra il potere nelle mani di pochi attori economici o istituzionali, normalizza la sorveglianza diffusa, orienta i comportamenti attraverso meccanismi che cortocircuitano la riflessione autonoma, subordina i diritti fondamentali a logiche di efficienza economica [76]. Tale distinzione non è sempre netta nella pratica, in quanto molti progetti di *smart city* mescolano elementi delle due logiche, tuttavia sul piano teorico l'emancipazione resta un criterio dirimente. Ragion per cui, ogni misura di innovazione urbana dovrebbe essere sottoposta alla prova del nove della valutazione delle sue ricadute, nell'intento di appurare se essa allarghi o restringa le opportunità di vita di chi abita la città [77].

---

[75] Cfr. Y. Guerra, *Le smart cities. Alcune questioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 120-130; C. Ventimiglia, *Il diritto alla città come categoria politica e giuridica*, cit., pp. 158-168.

[76] Sul principio costituzionale dell'eguaglianza sostanziale come parametro per la valutazione delle politiche *smart*, v. F. Della Scala, *Diritti sociali e inclusione nella città intelligente*, cit., pp. 915-920; C. Acocella - G. Laneve, *Città intelligenti e diritti*, cit., pp. 258-264.

[77] Per la distinzione tra usi emancipatori e usi oppressivi della tecnologia urbana come criterio normativo, v. V. Antoniol - U. Marzo, *Filosofia della smart city. La cura del luogo e il luogo della cura*, cit., pp. 65-72.

© Wolters Kluwer Italia

ii) Il secondo criterio è quello della *sostenibilità democratica*, motivo per cui la trasformazione tecnologica può dirsi democraticamente sostenibile solo se i suoi obiettivi, le sue modalità di attuazione e i suoi effetti distributivi sono oggetto di deliberazione pubblica informata e se le decisioni fondamentali restano sottoposte a forme di controllo democratico, anziché essere delegate a esperti tecnici, a sistemi algoritmici o a soggetti privati che non rispondono dello stesso circuito di responsabilità che caratterizza le istituzioni pubbliche [78]. Ciò richiede, in primo luogo, che i meccanismi algoritmici che orientano le decisioni pubbliche urbane siano trasparenti e conoscibili: non nel senso superficiale della pubblicazione del codice sorgente, ma nel senso sostanziale per cui le regole del sistema devono essere comprensibili ai destinatari e sindacabili dal giudice, come il Consiglio di Stato ha chiarito con il principio di conoscibilità dell'algoritmo. In secondo luogo, impone che i processi partecipativi attraverso cui i cittadini sono coinvolti nelle scelte di innovazione urbana siano autentici e non meramente formali: non consultazioni pro forma a valle di decisioni già adottate, ma deliberazione effettiva che incide sui contenuti delle politiche [79].

iii) Il terzo criterio è quello della *tutela prioritaria dei soggetti vulnerabili.* In questo senso non si può non ammettere che le politiche di *smart city* e i meccanismi di *gamification* urbana tendono strutturalmente a premiare chi già dispone delle risorse cognitive, economiche e tecnologiche necessarie a conformarsi alle logiche sottese a questi paradigmi e, parallelamente, a penalizzare chi invece non possiede già tali *skills*. Questo effetto peggiorativo (e se vogliamo anche in senso proprio discriminatorio) non è accidentale, invero, è il prodotto (a ben vedere prevedibile) di modelli progettuali che assumono come utente di riferimento un cittadino-tipo che è mediamente attrezzato, ignorando la varietà delle condizioni reali (e spesso anche deficitarie) in cui versano le persone abitano e frequentano la città.

Invertire questa logica è un imperativo che discende direttamente dal principio rawlsiano secondo cui la giustizia di un assetto istituzio-

---

[78] Sulla sostenibilità democratica come criterio di legittimità della trasformazione tecnologica, v. J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., vol. II, pp. 765 ss.; G. POLI, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, cit., pp. 294-302; N. BRENNER - P. MARCUSE - M. MAYER (eds.), *Cities for People, not for Profit*, cit., pp. 1-20.

[79] Sul principio di trasparenza algoritmica come condizione di legittimità democratica dell'azione amministrativa digitale, v. Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., pp. 190 ss.; M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., pp. 179 ss.

© Wolters Kluwer Italia

nale si misura sulle condizioni dei meno avvantaggiati, non su quelle di chi già si trova in una posizione di vantaggio [80].

Ciò significa che ogni valutazione d'impatto delle politiche *smart* – e l'*AI Act* ne fa un obbligo per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio – deve includere espressamente l'analisi degli effetti differenziali prodotti sulle categorie vulnerabili e che devono essere previsti idonei meccanismi correttivi a favore di coloro i quali subiscono discriminazioni o indebite esclusioni derivanti dall'automazione stessa.

In questa direzione, i tre criteri sopra enunciati non sono semplicemente principi astratti da invocare nelle more del discorso pubblico, ma devono essere visti come dei veri e propri vincoli ai quali è necessario dare adeguata traduzione normativa e che tracciano le linee guida a cui si deve ispirare e conformare l'architettura istituzionale della *smart city.*

Uno dei vincoli più importanti e stringenti concerne il primato che deve essere riservato alla sfera pubblica nella definizione degli obiettivi e delle priorità della trasformazione digitale urbana. Da questo punto di vista, infatti, i partenariati pubblico-privati (per mezzo dei quali trovano realizzazione le principali infrastrutture della *smart city*) non sono di per sé illegittimi; tuttavia, rischiano di diventare problematici nel momento in cui la *partnership* si trasforma in una forma di sostituzione. Ciò avviene, ad esempio, quando è il soggetto privato a fissare le finalità, a controllare i dati, a governare i meccanismi algoritmici, mentre il soggetto pubblico si limita a offrire la legittimazione istituzionale e le risorse finanziarie [81].

Si badi: mantenere il primato del pubblico non significa certo escludere le competenze tecnologiche private, al contrario significa che le scelte in ordine ai valori che la città intelligente deve promuovere, circa le categorie da tutelare, relativamente alle forme di controllo a cui sottoporre i sistemi algoritmici, devono essere decise dalle istituzioni democraticamente responsabili.

La città non è né può essere vista alla stessa stregua di uno spazio astratto da ottimizzare, con metriche asettiche improntate all'efficientamento e, a seconda dei casi e delle situazioni, plasmate su una sorve-

---

[80] J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 2008, pp. 75 ss.

[81] Per la responsabilità democratica nella progettazione e nella gestione delle infrastrutture digitali urbane, v. G. Poli, *Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*, cit., pp. 298-304; J. Sadowski - F. Pasquale, *The Spectrum of Control: A Social Theory of the Smart City*, cit.; A. Mantelero, *AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment*, cit., pp. 770-772.

© Wolters Kluwer Italia

glianza occhiuta oppure su logiche che più o meno direttamente possono produrre un incremento dei divari e delle discriminazioni sociali. La città è piuttosto un luogo carico di storia, di relazioni, di memorie, di significati che appartengono a chi lo abita.

Illuminanti e assai dense di suggestioni, risuonano – soprattutto in questo contesto – le pagine delle *Città invisibili* [82]. Qui Calvino – immaginando di ripercorrere gli itinerari esplorati da Marco Polo – tratteggia una lunghissima teoria di città, ognuna delle quali, in ragione di una caratteristica ben precisa, appare iconica nel suo genere. C'è, ad esempio, *Isidora* la città della memoria, che racchiude in sé i sogni dei giovani e i ricordi dei vecchi e nella quale i desideri stessi divengono ricordi; c'è *Anastasia*, nella quale i cittadini credono di essere 'i governanti' ma in realtà sono "schiavi" che vengono dominati attraverso il lavoro continuo; c'è *Tamara*, una città fatta di simboli, di immagini e di figure che sono come pagine scritte; e, ancora, c'è *Zaira*, contraddistinta da un nesso strettissimo fra lo spazio e gli avvenimenti del suo passato. Contesti urbani dipinti con eleganza letteraria che, non soltanto mettono in luce alcuni elementi caratteristici comuni alle nostre città contemporanee, ma che a loro modo dimostrano quanto possa essere intenso e realmente fondativo il nesso individuo, città e diritto. Una connessione strutturale, che si scorge persino negli occhi avventurieri di Marco Polo, il quale confessa di approcciarsi ad ogni nuovo luogo ricercando un frammento della sua Venezia [83].

Ora, al di là degli accenti narrativi, quella che affiora – e che in questa sede si rivela particolarmente interessante e feconda – è un'idea *a-temporale* della città. Un'idea trasversale e diacronica che si rintraccia già nella Grecia [84] classica e che in un certo qual modo può fungere da orizzonte ermeneutico per il recupero del portato antropologico e sociale della città e per la progettazione della *smart city* di oggi e di domani.

---

[82] I. CALVINO, *Le città invisibili*, Milano, 2022.

[83] Emblematico, da questo punto di vista, è lo scambio fra Kublai Khan e Marco Polo: "*K.K.: [Resta una città] di cui non parli mai [...] Venezia / M.: E di [che altra città] credevi che ti parlassi? /K.K.: Eppure non ti ho mai sentito fare il suo nome. / M.: Ogni volta che descrivo una città dico qualcosa di Venezia [...] per distinguere le qualità delle altre devo partire da una prima città che resta implicita. Per me è Venezia. [...] forse ho paura di perderla tutta in una volta, se ne parlo. O forse, parlando di altre città, l'ho già perduta a poco a poco*" (I. CALVINO, *Le città invisibili*, cit., p. 86, *kindle*).

[84] Circa il legame radicale che, in età classica, legava l'uomo, alla sua città e alle sue leggi immediato il rinvio a PLATONE (*Repubblica,* trad. it., Milano, 2009; *Le Leggi*, trad. it., Milano, 2005; *Apologia di Socrate*, trad. it., Milano, 2000).

© Wolters Kluwer Italia

Se, infatti, è indubbiamente vero che la città è, in prima battuta, il luogo entro cui il soggetto intesse relazioni, esercitando diritti e doveri e acquisendo lo *status* di appartenente a una determinata comunità [85], è altrettanto vero che – in ragione di tale legame individuo-città-diritto prendersi cura del luogo significa prendersi cura di chi vi abita. Significa, cioè, ascoltare le istanze chi lo vive, ma significa anche riconoscere la specificità irriducibile di ciascun contesto urbano, come pure evitare che la retorica monocromatica e omologante dell'innovazione appiattisca la complessità sociale su soluzioni standardizzate importate da contesti diversi [86].

Di qui, la lettura secondo la quale non si dà città intelligente senza partecipazione intelligente: in pratica, i processi deliberativi che restituiscono agli abitanti un ruolo creativo nella definizione degli obiettivi collettivi sono, al tempo stesso, la condizione di legittimità e la garanzia della qualità di qualsiasi progetto di trasformazione urbana.

La sfida che la *smart city* e la *gamification* urbana pongono alla riflessione contemporanea può essere formulata nei termini di quella che Mireille Hildebrandt ha chiamato *legalità del design*: accanto alla legalità del testo normativo (che governa i comportamenti attraverso prescrizioni esplicite) occorre costruire una legalità dell'architettura algoritmica, vale a dire un insieme di vincoli normativi che si inscrivano nella progettazione stessa dei sistemi tecnologici, rendendoli strutturalmente al servizio dell'uomo, incapaci di violarne i diritti fondamentali e strutturalmente orientati ai valori di eguaglianza, di trasparenza e di rispetto della dignità [87].

Come è evidente, si tratta di un obiettivo assai ambizioso che richiede la cooperazione tra la riflessione teorica, l'analisi giuridica, la progettazione responsabile degli strumenti e la vigilanza democratica. Un obiettivo – quello del raggiungimento della giustizia urbana nell'era digitale – che necessita di essere costantemente riaffermato, avverso le pressioni del mercato, l'inerzia istituzionale, l'efficientismo tecno-

---

[85] Sul significato di comunità come un luogo caldo, confortevole, sicuro, improntato alla comprensione e all'accoglienza reciproca, d'obbligo il richiamo alle sempre suggestive riflessioni di Z. Bauman (*Voglia di comunità*, trad. it., Roma-Bari, 2007).

[86] Sul nesso tra cura del luogo e partecipazione intelligente come sintesi filosofica del paradigma della città giusta, v. V. Antoniol - U. Marzo, *Filosofia della smart city*, cit., pp. 70-78.

[87] Per la legalità del *design* come condizione di legittimità degli algoritmi che governano lo spazio urbano, v. M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., pp. 175-195.

© Wolters Kluwer Italia

cratico e il proliferare dei *nonluoghi*[88]. Ed è proprio questa una delle maggiori sfide con le quali la filosofia del diritto deve misurarsi.

[88] Cfr. M. AUGÉ, *Nonluoghi*, trad. it., Milano, 2024.

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Terza

DALLA FONDAZIONE ASSIOLOGICA ALLA TENUTA ATTUALE DI NORME E ISTITUTI

LA DIGITALIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO E IL RELATIVISMO DEL CONTRADDITTORIO *

GIANLUIGI SCALA

SOMMARIO: 1. Giuridicità non giurisdizionale, contraddittorio e interazione tra potere e destinatario. – 2. Digitalizzazione procedimentale e rischio di mortificare il contraddittorio svuotando l'interazione. – 3. La difficile combinazione tra digitalizzazione ed effettiva partecipazione alla prova dei principi costituzionali ed europei. – 4. Conclusioni: necessità di usare la tecnologia per aumentare l'interazione.

Abstract: The increasing digitalization of administrative procedures offers an opportunity to reflect on the nature and function of adversarial participation in public *ius facere* activities – that is, in non-judicial functions. Unlike judicial proceedings, where adversarial participation is inherent in the trilateral structure of judge and parties, in administrative procedures it takes on a relative and functional character, often perceived as a mere formal requirement rather than a substantive moment of dialogue. The disconnect between legal tradition and the demands of technological innovation stems precisely from the specificity of *ius facere*: in these contexts, the procedure operates within a bilateral framework, where the authority acts based on its own conviction, without adversarial participation being structurally necessary for the decision. This explains why, in administrative practice, adversarial participation is often bypassed or reduced to formality, especially in contexts involving the issuance of serial acts. Public administrations, driven by a logic of "minimal effort" and the pressure to process a high volume of procedures, often resort to automatic dispatch of documents, without genuine engagement with recipients. This trend is clearly evidenced by the systematic underuse of technical tools – available for decades – for administrative dialogue. In this regard, contemporary law

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

faces a dual challenge: on the one hand, to prevent digitalization from crystallizing a "relativism of adversarial participation" already inherent in the bilateral nature of *ius facere*; on the other, to seize the technological opportunity to strengthen, rather than weaken, participatory guarantees.

1. Giuridicità non giurisdizionale, contraddittorio e interazione tra potere e destinatario

La progressiva digitalizzazione dei procedimenti, ulteriormente favorita dall'avvento dell'intelligenza artificiale, offre l'occasione per ragionare sugli effetti che l'implementazione di questo strumento potrebbe avere sulla natura e sulla funzione del contraddittorio nell'ambito delle attività amministrative di *ius facere* [1]. Queste sono caratterizzate da una struttura bilaterale ed il potere è esercitato direttamente dall'autorità nei confronti del destinatario del provvedimento [2]. In tale modello, il contraddittorio non è storicamente indefettibile [3] e tutt'oggi – a ben vedere – la sua concreta attuazione dipende dalla tipologia del procedimento o di provvedimento in concreto emanando [4]. Nonostante sul finire del '900 sia intervenuta la legge generale sul procedimento, la circostanza che il contraddittorio assuma di fatto nel rapporto amministrativo una connotazione relativa o, quantomeno, funzionale, appare

[1] Sul tema si segnalano alcuni interessanti contributi: F. SERGIO, *L'amministrazione digitalizzata e la tutela del contribuente nel procedimento tributario*, Napoli, 2024; I. ALBERTI, *L'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo*, Torino, 2021; G. PINOTTI, *Procedimento amministrativo e automazione: problemi e prospettive, anche alla luce di un'analisi comparata Italia-Francia*, Milano, 2020.

[2] B. SORDI, *Attività amministrativa e principio di bilateralità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2018, pp. 721-746, ove viene affrontato il tema della bilateralità come elemento costitutivo dell'attività amministrativa moderna, richiamando le origini storiche del rapporto autorità-cittadino.

[3] In tal senso, risulta esemplificativa delle origini storiche del concetto la definizione resa da O. MAYER alla fine dell'Ottocento, secondo cui il provvedimento costituiva "*la pronuncia autoritativa di pertinenza della amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui deve essere conforme a diritto*", in *Deutches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, 1895-96, nella traduzione di M.S. GIANNINI, voce *Atto Amministrativo*, in *Enc. dir*, vol. IV, Milano, 1959, p. 161.

[4] Ci riferiamo ai procedimenti che pervengono all'emanazione del provvedimento sulla base del raffronto di atti e documenti a disposizione della pubblica amministrazione.

© Wolters Kluwer Italia

tutt'altro che contestabile nonostante le frequenti rivendicazioni di principio di taluni Autori [5]. Nella funzione giurisdizionale, all'opposto, il contraddittorio è tradizionalmente essenziale poiché essa è caratterizzata da una struttura necessariamente trilaterale in cui il potere di incidere nella sfera giuridica è demandato ad un soggetto terzo indipendente, imparziale e precostituito. Come si era soliti ribadire [6], il carattere meramente eventuale riservato alla partecipazione degli interessati al procedimento è dovuta al fatto che essa può comportare rallentamenti o sviamenti nell'*agere* amministrativo, ostacolando in alcuni casi il conseguimento degli obiettivi generali prefissati. Si potrebbe, quindi, ricondurre – almeno in parte – la ragione di questa relatività del contraddittorio alla specifica natura dello *ius facere*: l'autorità, infatti, agisce basandosi su un proprio convincimento e spesso il contraddittorio non risulta indispensabile per la decisione, anche in ragione del fatto che il dialogo si instaurerebbe con un soggetto *naturaliter* interessato ad ottenere un certo risultato privato, mentre l'esercizio dei poteri assume la connotazione di servizio svolto nell'interesse della collettività. Questa conformazione del procedimento, già presente nei lavori antecedenti all'avvio delle riforme amministrative sulla disciplina generale [7], è stata poi confermata dall'esperienza successiva all'introduzione delle regole generali sul procedimento: il carattere sostanzialmente ancillare del contraddittorio nelle attività di *ius facere* ha fatto sì che questo si riducesse – duole constatarlo – a mero adempimento formale da evadere in ossequio alle disposizioni regolatrici del rapporto, che comunque in ottica di garanzia attribuiscono carattere patologico al provvedimento che ne abbia omesso lo svolgimento. Quanto riferito si ma-

---

[5] G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; F. Benvenuti, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 743.

[6] Ciò avveniva nella fase anteriore all'emanazione della legge generale sul procedimento, laddove risalenti orientamenti del Consiglio di Stato escludevano che l'assenza, nell'ordinamento giuridico, dell'istituto della partecipazione costituisse una violazione dell'art. 97 Cost. Tuttavia, la necessità di ricorrere al contraddittorio riemergeva come indispensabile in caso di adozione di un provvedimento negativo o afflittivo (cfr. Cons. St., sez. V., 14 luglio 1981, n. 422, disponibile su: *www.giustizia-amministrativa.it*).

[7] Significativamente, nella Relazione della Commissione per la riforma dell'amministrazione, intitolata "*La legge generale sulla pubblica amministrazione. L'organizzazione amministrativa dello Stato. L'organizzazione amministrativa degli enti pubblici. La giustizia amministrativa*", edita nel 1948 dall'Istituto Poligrafico, emerge l'avvertimento a non obbligare sempre la pubblica amministrazione a rispettare adempimenti formali, i quali, in molte situazioni, possono ostacolare un rapido esercizio delle sue funzioni.

© Wolters Kluwer Italia

nifesta – a titolo esemplificativo – in funzioni pubbliche come la difesa, la sanità, l'istruzione e l'imposizione tributaria. In tali ambiti, l'ufficio pubblico interagisce unilateralmente nei confronti del destinatario decidendo autonomamente come interpretare le basi giuridiche su cui si fonda il potere esercitato. Non vi è, quindi, un conflitto da comporre così come, al contrario, avviene nel processo; piuttosto una decisione da parte dell'autorità. Ciò si realizza a maggior ragione nei procedimenti che comportano l'emissione di atti seriali o automatizzati, basati sul mero incrocio di dati contenuti in registri, elenchi o banche dati. Il punto, tuttavia, è che il decisore politico potrebbe estendere l'uso dell'intelligenza artificiale in chiave generativo-speculativa anche all'interno di *iter* procedimentali non seriali e non automatizzati, che richiederebbero non solo l'impiego di capacità valutativa, ma anche il necessario confronto endoprocedimentale con l'interessato, quantomeno per l'acquisizione di elementi non disponibili o ricercabili in registri, elenchi o banche dati dall'amministrazione, finendo così per emarginare ancor di più il ruolo e l'effettività del contraddittorio. Questa probabile evoluzione appare in grado di porre rilevanti problemi in relazione alla tenuta delle garanzie individuali innanzi al potere autoritativo scolpite nelle varie carte dei diritti; dall'altro lato, ove questo impiego dovesse radicarsi, potrebbero concretizzarsi miglioramenti – almeno quantitativi – sull'azione pubblica.

2. Digitalizzazione procedimentale e rischio di mortificare il contraddittorio svuotando l'interazione

Le amministrazioni pubbliche, già da tempo sotto la pressione del dover gestire di un elevato numero di procedimenti, seguendo la logica del "minimo sforzo" tendono a prediligere la formazione automatizzata dei provvedimenti o, comunque, ad ammettere le c.d. decisioni amministrative automatizzate [8]. Alcuni studi sociali nordeuropei tendono già a dimostrare che i funzionari a contatto con il pubblico vedono nell'automazione una strategia per gestire un elevato numero di pratiche standardizzate [9]. Questa tendenza amministrativa, identificata dalla lettera-

[8] U. ROEHL - J. CROMPVOETS, *Inside algorithmic bureaucracy: Disentangling automated decision-making and good administration*, in *Public Pol. Adm.*, 2/2023, pp. 322-350.

[9] Ci riferiamo ad uno studio condotto da D. HUYNH con la supervisione dal Prof. J. CROMPVOETS presso la Tallinn University of Technology: *Front-Line Public Servants' Values and Perceptions of Process Automation in Administrative Decision-Making: A*

© Wolters Kluwer Italia

tura con l'appellativo di "burocrazia algoritmica" e sviluppatasi per favorire l'accelerazione nei procedimenti a carattere seriale, potrebbe estendersi grazie all'IA generativa anche ai procedimenti che richiedono ulteriori valutazioni, per i quali sarebbe necessario il dialogo con il destinatario [10]. Questa velocizzazione dell'*agere* amministrativo, tuttavia, potrebbe non risultare giustificabile ove sacrificasse la qualità della decisione amministrativa, oppure ove risultasse incompatibile con i principi partecipativi. Sotto un altro versante, non abbiamo certezza che una rivoluzione di tale specie risulti efficace rispetto all'obiettivo di velocizzare l'azione amministrativa: al riguardo è notorio che l'uso di strumenti tecnici già disponibili da decenni (telefono, telefax, videoconferenza), avrebbe potuto già determinare comparabili livelli di efficienza, ma il loro sistematico sottoutilizzo evidenzia la tendenza sociale dell'apparato burocratico a rifiutare il genuino impegno all'interlocuzione effettiva con i destinatari.

Un esempio emblematico della riferita situazione è riscontrabile nel settore tributario, in considerazione del fatto che in esso già da tempo sono impiegati algoritmi, *software* e automazione, ancor prima che il dibattito su questi temi si intensificasse. Guardando a quell'esperienza, infatti, è possibile constatare quanto l'implementazione di tali strumenti, avvenuta con l'auspicio di accelerare lo svolgimento delle attività e ridurre gli errori umani, abbia finito per generare l'aumento del contenzioso e distanziare ancor di più l'amministrazione dal comune sentire della cittadinanza acuendo la percezione di ingiustizia nel rapporto con il potere amministrativo esercitato dalle burocrazie [11]. Alcuni osservatori però, potrebbero far notare che rispetto ai menzionati strumenti, l'intelligenza artificiale generativa si colloca ad un livello tecno-

---

Qualitative Study in the Social Welfare Sector. Questa ricerca analizza le percezioni dei funzionari pubblici a contatto con l'utenza rispetto all'automazione dei processi decisionali amministrativi, con riferimento al settore del *welfare* in Estonia e Danimarca. Mentre gli operatori dei servizi sociali, privilegiando giudizio e discrezionalità umana, mostrano diffidenza verso un'eccessiva automazione, al contrario, i funzionari preposti all'erogazione dei benefici sociali si mostrano più favorevoli, privilegiando l'oggettività dei processi di automazione forieri di giustizia, efficienza, trasparenza e chiarezza procedurale. Lo studio conclude affermando che l'automazione è positivamente valutata come strumento di supporto all'efficienza, purché resti garantita la supervisione umana nei casi complessi e sensibili onde evitare disallineamenti valoriali.

[10] G. Arena, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: la nuova burocrazia algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2023, pp. 211-239.

[11] N. Rangone, *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2021. L'Autrice osserva che l'automazione dei controlli e degli accertamenti fiscali, basata su algoritmi opachi, ha ridotto la possibilità di dialogo con il contribuente, generando reazioni di sfiducia e un conseguente incremento dei ricorsi giurisdizionali.

© Wolters Kluwer Italia

logico superiore, essendo capace di auto-apprendere, migliorare e affinarsi con l'uso e, pertanto, sarebbe in grado di segnare una cesura in termini di miglioramento quali-quantitativo nei processi elaborativi. Eppure, le riferite caratteristiche, in realtà, acuiscono il rischio che la decisione finale atta ad incidere immediatamente nella sfera del destinatario risulti non puntualmente governabile, perché nessuna garanzia di effettiva imparzialità e trasparenza è posta davvero a fondamento del tanto valorizzato meccanismo di "auto-apprendimento". Si manifesterebbe così il definitivo ed irreversibile passaggio dalla fase del "relativismo" del contraddittorio alla fase della "irrilevanza" del contraddittorio. A ben vedere, il germe che favorirebbe l'espansione di questa tendenza appare già radicato nell'attuale tendenza dell'amministrazione a privilegiare *ex post* lo *ius dicere* in ottica deresponsabilizzante a scapito dell'attenzione al corretto esercizio *ex ante* dello *ius facere*: l'esercizio della funzione è infatti più semplice se ciò che basta è essere a posto con le regole per giustificare l'esercizio della funzione piuttosto che perseguire effettivamente i fini per i quali la funzione è assegnata dalla legge. La fallace idea che si pone alla base della segnalata tendenza, sicuramente figlia di una percezione del diritto che è stata autorevolmente definita come "cannibalizzazione giurisdizionale", è che comunque l'emersione di profili patologici, a valle del cattivo esercizio della funzione, possa incontrare una salvifica rettifica mediante l'intervento (successivo ed eventuale) del giudice, in grado – per supposto – di correggere l'operato dell'amministrazione [12]. Questa idea che esaspera il ruolo dell'intervento giurisdizionale successivo, della cui efficienza si può discutere in ambo i sensi, appare in ogni caso anomala rispetto ai principi dell'ordinamento. La persistenza di questa mentalità in seno all'amministrazione impedisce di valorizzare adeguatamente il contraddittorio procedimentale, ed è proprio a causa della sua persistenza che la violazione del contraddittorio stesso – piuttosto essere percepita come grave e invalidante – è accomunata al mero espediente

[12] L'espressione *cannibalizzazione giurisdizionale* è coniata da R. LUPI e indica la ricorrente tendenza dell'amministrazione ad abdicare al proprio ruolo decisionale per rifugiarsi nella neutralità formale delle regole, confidando in una eventuale "rettifica giudiziaria" a valle. Si segnalano di seguito diverse pubblicazioni con cui l'Autore chiarisce progressivamente il concetto: R. LUPI - G. MELIS - A. MARCHESELLI, *La giustizia tributaria in Cassazione: problemi e prospettive*, in *Giust. insieme*, 2020; R. LUPI, *Diritto amministrativo dei tributi*, Roma, 2017, Cap. VI, par. 10; ID., *Giurisdizionalizzazione e deresponsabilizzazione della funzione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 3/2016, pp. 45-63; ID., *Dalla funzione amministrativa alla funzione giurisdizionale: la cannibalizzazione del diritto pubblico*, in *Dir. soc.*, 3/2014, pp. 519-540.

© Wolters Kluwer Italia

per ottenere in sede processuale l'annullamento degli atti. Appare dunque possibile affermare che allo stato il contraddittorio risulti nella prassi applicativa ben lontano dall'essere quel momento di dialogo costruttivo volto a rinforzare la fondatezza del provvedimento che il legislatore si prefiggeva di scolpire nel *corpus* delle norme generali sul procedimento. La digitalizzazione, se non governata attentamente e con una consapevolezza della rapidità delle trasformazioni, rischia così di sclerotizzare ulteriormente questo relativismo del contraddittorio già intrinseco, trasformandolo in un formalismo potenziato da un nuovo "potere algoritmico pubblico" di difficile controllo.

3. La difficile combinazione tra digitalizzazione ed effettiva partecipazione alla prova dei principi costituzionali ed europei

La sfida cruciale per il diritto contemporaneo è duplice: l'avvento dell'intelligenza artificiale, del *machine learning* e delle reti neurali, oltre a prospettive di trasparenza tutte da verificare, potrebbe offrire strumenti per una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Tuttavia, l'applicazione di tali strumenti al contraddittorio procedimentale dovrà essere contestualizzata alla luce della strutturale bilateralità delle funzioni non giurisdizionali, evitando di confidare acriticamente sulle rettifiche al provvedimento applicabili *ex post* grazie al modello trilaterale del processo. In ipotesi di atti generati con l'ausilio di IA, l'inoppugnabilità dei medesimi una volta decorso il termine per l'esperimento dei rimedi giurisdizionali, dovrebbe essere riconsiderata e ristretta per garantire e tutelare sia il destinatario che i controinteressati.

L'implementazione di strumenti di intelligenza artificiale dovrà anche necessariamente confrontarsi con i caratteri di quella che è stata definita "legalità algoritmica" dalle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, si tratterà di disciplinare in compatibilità alle garanzie procedimentali, le ipotesi di imputabilità all'amministrazione delle responsabilità derivanti dalla decisione algoritmica, i meccanismi che favoriscono la trasparenza della decisione (intesa non solo come conoscibilità del carattere automatizzato, ma anche della decisione e come comprensibilità della logica utilizzata), la non discriminazione e la non esclusività del processo decisionale (ossia la partecipazione al medesimo di un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata). L'evoluzione tecnologica connessa all'impiego dell'IA appare tutt'altro che neutra rispetto ai principi fondamentali scolpiti nella Costituzione e nel diritto eu-

© Wolters Kluwer Italia

ropeo. Queste fonti, infatti, delineano una complessa trama di principi in equilibrio tra loro: il principio del contraddittorio e quello del giusto procedimento costituiscono espressione diretta della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, del buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, nonché della garanzia di difesa e del principio di legalità sostanziale [13]. Tali valori trovano fondamento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che riconosce [14] a ogni individuo non solo il diritto ad essere ascoltato (c.d. *right to be heard*) prima dell'emanazione del provvedimento, ma anche il diritto ad un equo procedimento [15]. L'uso dell'intelligenza artificiale per fini decisionali sollecita la verifica di compatibilità con tali garanzie, imponendo una riflessione su come i processi automatizzati possano interagire con la necessaria osservanza di principi sviluppati allorquando il modello decisionale non coinvolgeva l'impiego di strumenti creativi intermedi a supporto della decisione del pubblico agente. In assenza di un adeguato presidio normativo, l'automazione rischia di compromettere l'effettività non solo del contraddittorio ma di tutti i richiamati principi, riducendone il loro rispetto tuttalpiù al solo piano formale. Se gli algoritmi alla base del modello di IA impiegato non dovessero essere resi trasparenti e verificabili dalla comunità dei consociati [16], e al contempo dovessero essere reputati autosufficienti o comunque preponderanti nella costruzione della decisione da assumere nel provvedimento, l'IA potrebbe addirittura diventare strumento atto a formalizzare posizioni ingiuste e giuridicamente scorrette e tuttavia favorevoli alla parte pubblica ed alla *mission* imposta all'ufficio pubblico dall'esecutivo. Non vi è ombra di dubbio, infatti, che l'IA è in grado di elaborare argomentazioni apparenti persino usando "a tradimento" i dati forniti dal privato a danno di questi.

È quindi necessario verificare se l'uso di algoritmi nella decisione pubblica sia compatibile con l'idea di amministrazione imparziale e responsabile, ponendo un problema di legittimità costituzionale laddove l'apporto umano venga soppiantato da automatismi non trasparenti e non verificabili. In altri termini, l'efficienza amministrativa non può

---

[13] I principi elencati risultano enunciati, rispettivamente, negli art. 97, 24, 3, 111 e 113 Cost.

[14] Cfr. rispettivamente gli art. 41 e 6 CDFUE.

[15] Tale principio è stato più volte esteso anche ai procedimenti amministrativi dalla Corte di giustizia UE.

[16] Ad esempio, rendendo il codice sorgente liberamente ispezionabile e verificabile, sul modello offerto da piattaforme come *GitHub, GitLab, Bitbucket, SourceForge* e *Codeberg*.

© Wolters Kluwer Italia

prevalere sui diritti fondamentali e sulle garanzie partecipative, pena il tradimento del patto sociale posto alla base dell'attribuzione del potere pubblico all'Amministrazione.

L'evoluzione tecnologica può tuttavia essere letta non solo come rischio, ma come occasione di attuazione evolutiva dei principi costituzionali, a condizione che la digitalizzazione sia progettata "*by design*" nel rispetto dei diritti fondamentali. Tale percorso potrà ammettere l'IA all'uso purché i risultati siano verificabili, ripetibili e riconducibili a criteri predeterminati, consentendo in ogni fase del processo la supervisione e l'intervento umano in funzione correttiva. L'avvento di intelligenze artificiali più avanzate, come quelle generative basate su *machine learning* e reti neurali, pone anche una sfida qualitativa. Queste IA si emancipano progressivamente dall'idea di algoritmo deterministico (definito come una sequenza finita ed ordinata di operazioni o istruzioni progettate a priori per raggiungere un obiettivo specifico), operando secondo logiche statistico-probabilistiche e predittive, migliorando la loro capacità con l'esperienza. A differenza degli algoritmi "tradizionali" o "semplici", le IA generative elaborano costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assumono decisioni efficienti in un processo di apprendimento automatico. La questione centrale è se i principi sopra richiamati possano mantenersi validi e continuare a offrire un'adeguata tutela di fronte alle decisioni rimesse in modo sempre più autonomo agli agenti virtuali generativi, che operano con schemi non deterministici. L'ambizione di proiettare tali principi sulla decisione frutto di intelligenze artificiali, come sembra suggerire anche l'art. 30 del vigente Codice dei contratti pubblici, rischia di sottovalutare le caratteristiche proprie delle soluzioni di IA generativa. Il problema appena illustrato è noto come *AIxplainability*, ovvero la difficoltà o impossibilità di verificare appieno ciò che avviene nella "scatola nera" dell'IA in termini comprensibili per l'individuo, data l'enorme quantità di parametri impiegati (da milioni a centinaia di trilioni in ChatGPT 4). Solo la trasparenza può garantire la "conoscibilità" dell'uso di sistemi automatizzati, ma la comprensibilità della logica utilizzata diviene problematica con sistemi auto-addestrati e auto-apprendenti che non seguono una logica di ragionamento umano spiegabile. La supervisione umana richiede investimenti rilevanti in competenze dei funzionari e comunque presupporrebbe che il contributo umano sia effettivamente capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata in modo effettivo di fronte a soluzioni complesse che elaborano masse di dati al di là della capacità di gestione umana. Di fronte a queste "nuove sfide", è necessario un approccio che vada oltre il semplice perfezionamento della "cassetta degli attrezzi" della legalità algoritmi-

© Wolters Kluwer Italia

ca. La pubblica amministrazione, pur con i suoi ritardi e resistenze, non può sottrarsi a queste trasformazioni, e l'utilizzo dell'IA nel cuore della fase decisionale propone una diversa nozione di amministrazione artificiale che richiede una nuova cornice di legalità effettiva.

4. Conclusioni: necessità di usare la tecnologia per aumentare l'interazione

Per affrontare queste sfide, è fondamentale che gli studi sociali e l'azione politica superino l'impostazione privatistico-giurisdizionale che ha caratterizzato gran parte della tradizione giuridica italiana. È necessario sviluppare una "sensibilità giuridico-sociale" che permetta di comprendere e spiegare le funzioni pubbliche nella loro complessità e specificità. La digitalizzazione può e deve essere un catalizzatore per un cambiamento profondo, trasformando il contraddittorio da mero adempimento formale a strumento attivo di partecipazione e controllo, valorizzando il ruolo attivo e responsabile degli uffici pubblici nell'interpretazione e nell'esercizio delle proprie funzioni, in un quadro di legalità funzionale ai diversi contesti dell'intervento pubblico. Attualmente, appare probabile che questa nuova legalità dell'amministrazione artificiale non potrà che comportare l'accettazione di un compromesso: essa verrà costruita non in termini assoluti, ma con un approccio pragmatico orientato al rischio. Le tendenze emergenti suggeriscono uno spostamento della tutela dal singolo procedimento al controllo sulle modalità con cui è organizzato l'ente decisore, con una attenzione alle condizioni organizzative e alle caratteristiche intrinseche (sotto i profili di trasparenza e affidabilità) della macchina che sarà chiamata a decidere, integrando la tutela *by design* nei prodotti e nei processi, come suggerito dall'*AI Act* europeo e dalle regolazioni sulla protezione dei dati personali. Una trasparenza che, pur non potendo raggiungere la piena *explainability*, deve illuminare le scelte di utilizzo dell'IA generativa, valorizzando un controllo diffuso sulle scelte organizzative e sulle soluzioni adottate dall'ente, accanto alla tutela del singolo, che rimane necessaria anche per l'eventuale successivo controllo giurisdizionale. Questo processo deve essere accompagnato, peraltro, dalla necessità di investire intensamente nelle competenze dei funzionari, consentendo a questi ultimi di sviluppare capacità interdisciplinari che gli consentano di controllare gli algoritmi e costruire modelli pubblici di IA coerenti con i caratteri ed i fini di pubblico interesse dell'amministrazione.

In conclusione, l'IA rappresenta una straordinaria opportunità per

© Wolters Kluwer Italia

il miglioramento della capacità di risposta alle sfide contemporanee, che va accolta con un atteggiamento aperto ma critico, consapevole dei rischi e della necessità di trovare soluzioni che ora non abbiamo. L'avvento dell'intelligenza artificiale, del *machine learning* e delle reti neurali, oltre a prospettive come l'*open data* e la trasparenza, potrebbe offrire strumenti per una maggiore correttezza formale delle decisioni a patto di garantire la possibilità di confronto con i destinatari del provvedimento, senza che divenga nuova occasione per seguitare a confidare eccessivamente ed acriticamente nella successiva ed eventuale correzione giurisdizionale.

© Wolters Kluwer Italia

INDAGINI PENALI E COMUNICAZIONI CRIPTATE: UN DIFFICILE EQUILIBRIO *

Iacopo Chianello

Sommario: 1. Una nuova sfida per il processo penale: le comunicazioni criptate. – 2. L'Ordine europeo di indagine e il principio di equivalenza. – 3. La natura giuridica dell'attività di acquisizione mediante O.E.I. – 4. La decisione delle Sezioni Unite. – 5. Il sindacato del giudice sull'utilizzabilità dei dati digitali acquisiti all'estero. – 6. Crisi dell'attuale assetto delle investigazioni digitali e prospettive di riforma.

Abstract: In the current context, marked by sophisticated communication technologies and increasingly refined evasive strategies adopted by criminal organisations, the use of technologically advanced investigative tools is essential. In this scenario, the widespread use of encrypted communication platforms has raised important questions of criminal procedural law, particularly in relation to the admissibility, in Italian proceedings, of encrypted data acquired abroad through a European Investigation Order. The Joint Divisions of the Court of Cassation recently intervened on this issue with two twin rulings. However, the decision leaves some key issues unresolved, raising questions about the adequacy of defence guarantees and the potential risk of misuse of the institution. This paper aims to analyse this complex scenario, highlighting the inadequacy of traditional legal institutions in the field of digital investigations and identifying possible corrective measures aimed at restoring a balance between technology and law.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. Una nuova sfida per il processo penale: le comunicazioni criptate

L'avvento delle nuove tecnologie ha determinato l'emergere di sfide inedite per l'intero sistema giuridico penale, incidendo tanto sui meccanismi di repressione quanto sulle modalità di accertamento dei reati.

Tra le problematiche di maggiore complessità, un ruolo centrale è assunto dal fenomeno delle comunicazioni criptate.

Le organizzazioni criminali, sfruttando i progressi della tecnologia, hanno infatti adottato sistemi di comunicazione sempre più sofisticati, capaci di eludere i tradizionali strumenti di indagine [1].

Negli ultimi anni, la tecnologia ha conosciuto un ulteriore salto di complessità con la diffusione dei c.d. *Hardened Secure Communication Devices*, vale a dire dispositivi di comunicazione "blindata" (c.d. criptofonini) che si avvalgono di piattaforme come "*EncroChat*" e "*Sky ECC*", per scambiare messaggi cifrati [2].

Ciò che distingue radicalmente questi sistemi dai precedenti è l'adozione di diverse tecniche di crittografia, tra queste la principale è la *end-to-end* [3], che prevede la conservazione delle chiavi di cifratura unicamente nei dispositivi degli utenti e non presso il gestore del servizio, con la conseguenza che le comunicazioni restano impenetrabili anche in caso di accesso ai *server* da parte dell'autorità giudiziaria.

Per superare tale barriera, diventa imprescindibile conoscere l'algoritmo di decrittazione che consente di rendere intellegibili i dati cifrati, operazione possibile attraverso l'installazione di un captatore informatico – il cosiddetto *trojan* – all'interno dei dispositivi coinvolti, così da poter intercettare i messaggi prima che vengano cifrati o subito dopo la loro decifrazione [4].

È proprio in relazione a questa nuova frontiera tecnologica che si è

---

[1] Il primo terreno di confronto è stato rappresentato dai dispositivi BlackBerry, che consentivano la trasmissione di messaggi mediante il sistema PIN to PIN. Sul punto cfr. Cass. pen., sez. III, 10 novembre 2015, n. 50452.

[2] Sulle caratteristiche dei criptofonini cfr. anche L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, in *Penaledp.it*, 14 ottobre 2023.

[3] Sulla tecnica di criptazione utilizzata cfr. D. TRIPICCIONE, *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita tramite ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2/2024, pp. 693 ss.

[4] Più ampiamente cfr. C. PARODI - V. SELLAROLI (a cura di), *Diritto penale dell'informatica*, I ed., Milano, 2020, pp. 57 ss.

© Wolters Kluwer Italia

sviluppato uno dei più significativi casi giudiziari degli ultimi anni, avente ad oggetto la piattaforma *Sky ECC*.

Nel 2021, le autorità francesi, nel cui territorio erano collocati i *server* della società titolare della piattaforma, sono riuscite ad acquisire il contenuto di numerose conversazioni criptate scambiate tra organizzazioni criminali, grazie a un'operazione di eccezionale complessità tecnica. L'intervento ha comportato l'inoculazione di un captatore informatico sia nei *server* della società sia nei criptofonini utilizzati dagli utenti, rendendo così possibile l'acquisizione dell'algoritmo di decrittazione e la conseguente decodifica dei messaggi.

Data la dimensione transazionale del fenomeno, i dati così acquisiti sono stati ben presto richiesti dalle autorità italiane attraverso lo strumento dell'Ordine europeo di indagine (O.E.I.) [5]. Proprio l'utilizzo di tale strumento di cooperazione ha sollevato rilevanti questioni processuali, incentrate sulla legittimità e utilizzabilità dei dati acquisiti all'estero e trasmessi in Italia.

2. L'Ordine europeo di indagine e il principio di equivalenza

Per comprendere i termini della questione, è opportuno soffermarsi preliminarmente sulle condizioni di emissione dell'Ordine europeo di indagine.

L'O.E.I., introdotto nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108, di recepimento della direttiva 2014/41/UE, costituisce uno strumento di cooperazione giudiziaria "orizzontale", volto a promuovere una piena integrazione probatoria tra gli Stati membri dell'Unione europea. Esso consente all'autorità giudiziaria di uno Stato membro, definito "Stato di emissione", di richiedere all'autorità giudiziaria di un altro Stato, detto "Stato di esecuzione", il compimento di atti di indagine oppure la mera acquisizione di prove già formate e nella disponibilità di quest'ultimo.

L'art. 6 della direttiva europea stabilisce le condizioni essenziali per l'emissione e la trasmissione dell'Ordine, rimettendone la valutazione allo Stato di emissione. Tra tali condizioni, riveste particolare importanza il principio di equivalenza, secondo cui gli atti di indagine richiesti mediante l'O.E.I. devono poter essere compiuti alle stesse

[5] Sulle indagini realizzate delle autorità francesi cfr. O. Murro - W. Nocerino, *Più ombre che luci nelle sentenze delle Sezioni unite in tema di criptofonini*, in *Penaledp.it*, 21 ottobre 2024.

© Wolters Kluwer Italia

condizioni previste per un caso analogo di diritto interno. Tale principio, cardine del sistema di cooperazione giudiziaria, risponde all'esigenza di evitare che l'O.E.I. possa essere impiegato come strumento per aggirare le regole interne in materia di acquisizione probatoria, sfruttando la diversa disciplina procedurale dello Stato di esecuzione [6].

È proprio con riferimento a tale principio che emergono le maggiori difficoltà nel caso dell'acquisizione di comunicazioni criptate ottenute da autorità giudiziarie straniere.

Per valutare il rispetto del principio di equivalenza, è infatti necessario stabilire a quali condizioni quegli stessi elementi probatori sarebbero stati acquisiti se l'attività investigativa fosse stata compiuta in Italia. Ciò implica, a monte, l'individuazione della natura giuridica dei dati oggetto di richiesta e della conseguente disciplina acquisitiva.

Proprio su questo delicato tema sono di recente intervenute le Sezioni Unite.

3. La natura giuridica dell'attività di acquisizione mediante O.E.I.

Prima di esaminare la soluzione proposta dalle Sezioni Unite con le c.d. "sentenze gemelle" [7], occorre anzitutto ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali che si sono succeduti in materia [8].

Secondo un primo, più risalente indirizzo [9], il regime processuale applicabile all'acquisizione di messaggi provenienti da sistemi di messaggistica criptata sarebbe quello previsto dall'art. 234-*bis* c.p.p., disposizione che consente "*l'acquisizione di documenti, dati e programmi informatici conservati all'estero, anche se non accessibili al pubblico, previo consenso del legittimo titolare*".

In questa prospettiva, il "legittimo titolare" dei dati non sarebbe soltanto il gestore del *server* o l'utente, ma anche l'autorità giudiziaria dello Stato estero che li ha legittimamente acquisiti e decrittati nel ri-

---

[6] Per una disamina dell'O.E.I. e del principio di equivalenza cfr. S. SCHIAVONE, *Equivalenza e doppio standard nell'acquisizione della prova precostituita tramite OEI*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 1/2025, pp. 185 ss.

[7] Cass. pen., sez. un., 14 giugno 2024, n. 23755-23756.

[8] Sui diversi orientamenti cfr. C. FATTA - E. DODERO, *L'acquisizione delle comunicazioni criptate tramite Ordine Europeo di Indagine: la giurisprudenza delle Sezioni unite tra diritti fondamentali e procedura penale*, in *Giur. pen. web*, 1/2025, pp. 5 ss.

[9] Cfr,, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364 e sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201.

© Wolters Kluwer Italia

spetto del proprio ordinamento. Da ciò discende, secondo i sostenitori di tale tesi, che l'acquisizione mediante O.E.I. non richiederebbe alcuna autorizzazione preventiva del giudice, poiché l'art. 234-*bis* c.p.p. non contempla una riserva di giurisdizione, ma rimette l'iniziativa interamente al pubblico ministero.

A questo primo indirizzo si è contrapposta una diversa linea interpretativa, [10] che nega la possibilità di applicare l'art. 234-*bis* c.p.p.

Quest'ultima muove da una diversa concezione del "legittimo titolare" dei dati, che non potrebbe essere identificato con l'autorità giudiziaria estera che li ha materialmente acquisiti, bensì esclusivamente con la società privata titolare della piattaforma di comunicazione cifrata all'interno della quale sono avvenute le conversazioni.

L'aspetto più rilevante di questo secondo indirizzo risiede, tuttavia, nella ritenuta necessità di una preventiva autorizzazione giudiziale per l'acquisizione dei dati, in applicazione dell'art. 132, co. 3, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dal d.l. 30 settembre 2021, n. 132. Tale norma, in recepimento dei principi sanciti dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea [11], ha introdotto l'obbligo di richiedere l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari al fine di ottenere dati relativi al traffico telefonico e telematico. Sulla base di tali premesse, i fautori di questo secondo orientamento giungono a ritenere che il regime autorizzatorio delineato dall'art. 132 debba estendersi a tutte le ipotesi di acquisizione di dati informatici inerenti a comunicazioni, comprese quelle cifrate.

Un terzo ed ultimo orientamento ha infine proposto una soluzione intermedia [12]. Facendo leva sui principi enunciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 170 del 2023 [13], tale tesi ritiene che le prove digitali trasmesse in Italia dalle autorità straniere debbano essere qualificate come "*documentazione della corrispondenza*", riconducibile non all'art. 234-*bis*, ma all'art. 234 c.p.p. In base a tale impostazione, l'acquisizione può avvenire mediante provvedimento del pubblico ministero che ne dispone il sequestro probatorio, senza necessità di autorizzazione preventiva del giudice.

Secondo questa lettura, infatti, l'art. 234-*bis* c.p.p. si riferisce ai

---

[10] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155 e sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154.

[11] C. giust. UE, 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur*.

[12] Cass. pen., sez. VI, 27 settembre 2023, n. 46482 e sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833.

[13] C. cost. 27 luglio 2023, n. 170.

© Wolters Kluwer Italia

soli dati reperibili in rete, anche se non accessibili al pubblico, e non ai documenti già acquisiti e trasmessi da un'autorità giudiziaria estera. Ne consegue l'irrilevanza, in tale ambito, della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di accesso ai tabulati telefonici, poiché tali pronunce concernono l'estrazione di dati da banche dati di operatori privati di telecomunicazioni, e non l'acquisizione diretta di comunicazioni già intercettate o decrittate da un'autorità giudiziaria.

Chiariti i contorni della *querelle* giurisprudenziale sorta in materia, occorre ora soffermarsi sulla decisione delle Sezioni Unite.

4. La decisione delle Sezioni Unite

Come anticipato, la prima questione sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite concerne l'individuazione del corretto regime processuale applicabile all'acquisizione, mediante O.E.I., di conversazioni decrittate da un'autorità giudiziaria estera.

Il Supremo Collegio ha innanzitutto escluso la possibilità di ricondurre tale attività all'ambito di applicazione dell'art. 234-*bis* c.p.p.

Ad avviso degli Ermellini, infatti, tale disposizione disciplina l'acquisizione diretta, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, di documenti o dati informatici conservati all'estero, e presuppone pertanto un'operazione compiuta in piena autonomia, senza il necessario coinvolgimento di organi giudiziari stranieri. L'O.E.I., al contrario, è uno strumento di cooperazione giudiziaria, che trova la propria *ratio* nel principio del mutuo riconoscimento e si fonda imprescindibilmente sulla collaborazione tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri [14].

Nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, i dati erano stati formati e decrittati da un'autorità giudiziaria estera e successivamente trasmessi all'Italia in esecuzione di un O.E.I.; si trattava dunque di prove "precostituite" e acquisite per effetto di una collaborazione internazionale.

In questa prospettiva, pertanto, il parametro normativo per valutare il rispetto del principio di equivalenza non poteva essere individuato nell'art. 234-*bis* c.p.p., né, come sostenuto da altra parte della giurisprudenza, negli art. 234 o 254-*bis* c.p.p. Le Sezioni Unite hanno invece individuato il corretto riferimento nel combinato disposto degli art.

[14] Sul rapporto tra i due istituti cfr. M. DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni unite sui criptofonini*, in *Sist. pen*., 17 luglio 2024.

© Wolters Kluwer Italia

238 e 270 c.p.p. e dall'art. 78 disp. att. c.p.p., che regolano la circolazione di prove tra procedimenti penali.

Da tale ricostruzione discende un effetto sistematico di rilievo: l'attività di acquisizione mediante O.E.I. non richiede alcuna autorizzazione preventiva del giudice, poiché quest'ultima non è prevista dalle norme individuate come parametro di riferimento.

5. Il sindacato del giudice sull'utilizzabilità dei dati digitali acquisiti all'estero

Individuato il regime processuale applicabile, le Sezioni Unite proseguono precisando che al controllo "*ex ante*" sull'acquisizione si sostituisce un controllo "*ex post*" affidato al giudice dello Stato di emissione [15]. Quest'ultimo è tenuto a verificare, in sede di ammissione della prova, la compatibilità dell'atto trasmesso con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il diritto di difesa e al giusto processo, "*non anche l'osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, di tutte le disposizioni previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di formazione ed acquisizione di tali atti*" [16].

Tale verifica, tuttavia, non avviene d'ufficio, ma su impulso di parte: grava, infatti, sull'interessato l'onere di allegare i fatti dai quali desumere la violazione dei diritti fondamentali, in forza del principio di "presunzione relativa" di conformità delle attività investigative condotte dalle autorità giudiziarie estere.

L'orientamento espresso dalle Sezioni Unite si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in particolare con la sentenza del 30 aprile 2024 relativa alla piattaforma di comunicazioni criptate "*EncroChat*" [17].

In tale decisione – considerata a ragione la "sentenza cugina" rispetto ai casi "*Sky ECC*" – la Corte di giustizia ha affermato che l'au-

---

[15] Sul controllo giurisdizionale "duplicato" cfr. M. Daniele, *OEI e messaggi digitali già acquisiti all'estero. Riflessioni a partire dal caso* Sky ECC, in *Sist. pen*., 3/2025, pp. 1 ss.

[16] Tale controllo è imposto dall'art. 14, par. 1 e 2, della direttiva, il quale prevede che agli atti istruttori richiesti nell'O.E.I. siano applicabili mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo. Invero la necessità di un controllo sussisterebbe anche in mancanza di "un caso interno analogo", in forza dei principi enucleati da C. giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov II.*

[17] C. giust. UE, 30 aprile 2024, C-670/22, *M.N*.

© Wolters Kluwer Italia

torità giudiziaria dello Stato di emissione, qualora richieda la trasmissione di prove già acquisite dallo Stato di esecuzione, non è legittimata a sindacare la regolarità del procedimento attraverso il quale tali prove sono state raccolte.

Si tratta, in definitiva, di un modello di sindacato *ex post* che, pur riconoscendo un ruolo di garanzia al giudice nazionale, si fonda su un principio di fiducia reciproca tra gli ordinamenti degli Stati membri e su una concezione sostanzialmente deferente nei confronti dell'operato dell'autorità giudiziaria estera.

6. Crisi dell'attuale assetto delle investigazioni digitali e prospettive di riforma

A ben vedere, la decisione delle Sezioni Unite, espressa attraverso le due sentenze gemelle, presenta profili di significativa criticità.

Tali pronunce si collocano, infatti, nel più ampio dibattito concernente la tutela della riservatezza in relazione all'acquisizione di comunicazioni digitali di natura "statica", vale a dire di dati già conservati nella memoria di un dispositivo informatico. Questi ultimi, proprio in quanto ormai cristallizzati all'interno del dispositivo, sono stati tradizionalmente qualificati dalla giurisprudenza prevalente [18] come meri documenti informatici, liberamente acquisibili mediante un semplice provvedimento del pubblico ministero di sequestro probatorio ai sensi dell'art. 254 c.p.p.

Il risultato è un vero e proprio cortocircuito sistemico: mentre per le intercettazioni e per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico è necessario un provvedimento autorizzativo del giudice, per il sequestro di dati comunicativi "statici" è sufficiente il solo decreto del pubblico ministero [19].

Tale asimmetria di tutela ha generato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale culminato nella già citata sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale.

Con questa pronuncia, la Consulta ha affermato che la nozione di "corrispondenza", e le conseguenti garanzie previste dall'art. 15 Cost. – nonché dall'art. 68, co. 3, per la corrispondenza dei membri del Par-

[18] Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 8 giugno 2022, n. 22417.

[19] Sul punto cfr. M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un* vademecum *sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sist. pen*., 14 gennaio 2021.

© Wolters Kluwer Italia

lamento –, deve essere interpretata in senso evolutivo, ricomprendendo non soltanto la tradizionale corrispondenza cartacea, ma altresì i messaggi scambiati attraverso strumenti informatici e telematici, anche dopo la ricezione da parte del destinatario, in quanto tali comunicazioni restano protette dal diritto alla segretezza fino a quando conservano un carattere di "attualità" [20].

Sulla scia di questo rilevante intervento della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità più recente [21], nell'intento di darne attuazione, ha incluso le *chat* di messaggistica istantanea nel concetto di "corrispondenza", desumendone il divieto di acquisizione mediante *screenshot* dello schermo del dispositivo. Permane, nondimeno, la regola secondo cui l'acquisizione di tali comunicazioni può avvenire in forza del solo decreto motivato del pubblico ministero [22].

L'intervento delle Sezioni Unite nel caso "*Sky ECC"* concernente la distinta, ma strettamente connessa, questione della raccolta transfrontaliera di dati digitali decrittati, lungi dal mitigare tale disallineamento, finisce per esasperarlo ulteriormente.

Ciò che colpisce, infatti, è la scelta del Supremo Consesso di individuare come parametro di riferimento per il principio di analogia non la disciplina relativa ai mezzi di ricerca della prova, bensì quella concernente la circolazione delle prove tra procedimenti penali.

Il problema principale è che per effetto di tale impostazione l'autorizzazione del giudice non è richiesta non solo quando i dati provengono da perquisizioni e sequestri di dispositivi informatici (situazioni nelle quali anche nell'ordinamento interno, come visto, non è richiesta alcuna autorizzazione preventiva), ma anche quando la raccolta transfrontaliera avviene mediante intercettazioni o acquisizione di tabulati di traffico telefonico, cioè attraverso modalità che, a livello nazionale, presuppongono invece un provvedimento del giudice.

Tuttavia, ad un'attenta analisi delle più recenti pronunce della giurisprudenza unionale, ci si rende conto che tale conclusione, appare inadeguata persino nei casi di acquisizione di dati digitali comunicativi "statici". Infatti, secondo gli ultimi arresti della Corte di giustizia del-

---

[20] In tale contesto si colloca il d.d.l. A.S. n. 806, attualmente in attesa di approvazione da parte della Camera.

[21] Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2025, n. 1269, con nota di M. Oddis, *L'acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale: tra cortocircuiti processuali e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen*., 6/2025, pp. 11 ss.

[22] Cfr. sul punto i Protocolli della Procura di Roma, n. 1637/2025 del 9 giugno 2025, in *Sist. pen*., 10 giugno 2025.

© Wolters Kluwer Italia

l'Unione europea [23], non più dirimente è la distinzione tra messaggi "in transito" e "già pervenuti": se si tratta di corrispondenza, è sempre necessario un provvedimento del giudice, indipendentemente dalle modalità di acquisizione [24].

Ma vi è di più. Seguendo l'impostazione delineata dalle Sezioni Unite, non solo si ammette la possibilità di acquisire dati digitali di natura comunicativa senza una preventiva autorizzazione del giudice, ma si corre altresì il rischio di legittimare, nel processo italiano, l'utilizzazione dei risultati di attività di perquisizione "da remoto" o di sorveglianza di massa effettuate mediante l'impiego di captatori informatici, in mancanza di un qualsiasi previsione normativa.

Neppure il controllo giurisdizionale *ex post,* peraltro caratterizzato da un onere di allegazione rovesciato sulla difesa, appare idoneo a risolvere tali criticità [25].

Infatti, fermo restando che il *vulnus* derivante da un'ingerenza investigativa si consuma già al momento dell'acquisizione e prescinde dal successivo impiego processuale, occorre rilevare come non siano stati ancora chiariti i limiti di tale controllo, il quale appare limitato alla verifica del rispetto delle regole relative alla "circolazione" delle prove, senza estendersi all'insieme delle norme che disciplinano la formazione e l'acquisizione delle prove nell'ordinamento interno [26].

La vicenda descritta è l'ennesima dimostrazione dell'obsolescenza dell'attuale assetto normativo, ormai inadeguato a regolare le modalità con cui le comunicazioni viaggiano nella rete digitale. È dunque sempre più evidente la necessità di una nuova disciplina nazionale dedicata specificamente all'acquisizione di dati digitali co-

---

[23] C. giust. UE, 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur.*

[24] Sulla necessità di un provvedimento del giudice cfr. O. CALAVITA, *Un'ennesima, non del tutto convincente, sentenza in tema di criptofonini*, in *Proc. pen. giust.*, 4/2025, pp. 798 ss. Sul punto cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 1° aprile 2025, n. 13585, con nota di A. MALACARNE, *La Cassazione sul sequestro dello smartphone: la disciplina italiana non è conforme al diritto dell'UE (... ma il materiale raccolto è comunque utilizzabile)*, in *Sist. pen*., 19 maggio 2025.

[25] A maggior ragione se si considera che per le Sezioni Unite "*l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali*".

[26] Evidenzia tale criticità F. NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata dall'estero*, in *Sist. pen*., 2/2024, pp. 197 ss.

© Wolters Kluwer Italia

municativi, capace di superare l'ormai anacronistico binomio intercettazione-sequestro [27].

Inoltre, alla luce delle difficoltà emerse in materia di acquisizione transfrontaliera delle prove digitali, si impone una riflessione più ampia sull'esigenza di una disciplina sovranazionale che garantisca uniformità e coerenza nella circolazione dei dati comunicativi tra gli Stati membri sopperendo alle incertezze che caratterizzano la disciplina dell'O.E.I.

Solo attraverso l'adozione di *standard* minimi di tutela condivisi sarà possibile costruire un sistema armonizzato, capace di coniugare l'efficacia investigativa con il pieno rispetto dei diritti fondamentali, restituendo al diritto il compito di governare l'innovazione e non di subirla passivamente.

[27] A tali conclusioni giunge anche O. Calavita, *Un'ennesima, non del tutto convincente, sentenza in tema di criptofonini*, cit., p. 795.

© Wolters Kluwer Italia

IL VOLTO STORICO DEL SISTEMA DI PREVENZIONE *

GIULIA CICOLELLA

SOMMARIO: 1. Premessa: le misure di prevenzione come diritto penale del nemico. – 2. "Oziosi" e "vagabondi" nell'Italia *pre* e *post* unitaria. – 3. La normativa *post* unitaria. – 4. Il fascismo e la prevenzione del dissenso politico. – 5. L'avvento della Costituzione e l'adattamento del sistema sino al Codice Antimafia.

Abstract: The legal institution of *Misure di prevenzione* is the best reflection of criminal legislation policies in Italy. By following their historical evolution, it is possible to gain a general overview of the criminal emergencies perceived during the Country's various governmental phases and the principles which guided legislators at the time. Their introduction predates the unification of Italy and can be traced back to Law No. 1339 of 1852, then incorporated and supplemented by the so-called Pica Law (No. 1409/1863), adopted with the aim to repress post-unification brigandage and the scourge of Camorra. These measures, which were therefore created as instruments of public order, quickly became measures to combat organized crime in our Country, accompanied by a reduction in the guarantees of due process for those targeted, based on the criterion of presumed social dangerousness. Historical analysis seems to reveal that an extension of the use and severity of preventive measures corresponds to a historical period of contraction of citizens' fundamental freedoms.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. Premessa: le misure di prevenzione come diritto penale del nemico

L'esistenza di un sistema di controllo sociale della devianza e della marginalità, alternativo a quello strettamente penale, si riscontra nelle differenti epoche attraversate dal nostro Paese: dallo Stato liberale, all'esperienza repubblicana, passando per la dittatura fascista, e può essere dunque considerato uno dei tratti peculiari della tradizione giuridica italiana [1].

"*Prevenire è meglio che curare*", dice il vecchio adagio popolare, e forse proprio sulla base di questa antica convinzione, l'ordinamento italiano ha sempre dovuto fare i conti con la tensione popolare all'intervento punitivo anticipato. L'identificazione di un nemico da combattere anche in tempo di pace, l'ostracismo nei confronti del divergente, la necessità di convogliare l'attenzione dell'opinione pubblica sono stati largamente sfruttati dal legislatore di ogni epoca.

Per qualificare l'istituzionalizzazione di questo fenomeno ci si riferisce comunemente alla teoria del diritto penale del nemico, di cui si parla ormai da diversi anni e nelle più eterogenee sfumature. Tradizionalmente si riferisce a Gunter Jakobs la titolarità della teoria, sviluppata alla fine degli anni '90 del Novecento per descrivere la tensione degli ordinamenti moderni a differenziare il grado di garantismo della punizione, tra i cittadini e i c.d. "*nemici dello Stato*", individui pericolosi e refrattari alla general prevenzione [2].

Giovanni Fiandaca [3], cui si riconosce il merito di essere stato tra i primi ad interessarsi alla teoria di Jakobs, ha ipotizzato in un suo studio che il seme di questa differenziazione tra individui nel diritto penale possa essere germogliato proprio in Italia.

---

[1] L. DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio dei principi costituzionali e convenzionali*, in AA.VV., *Misure di prevenzione interdittiva antimafia e procedimento*, Milano, 2022, p. 5.

[2] L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4/2006, Milano, 2006, p.16; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere,* in A. GAMBERINI - R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 187; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico,* in *Giustizia criminale*, 2014; M. DONINI - M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale, in Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo*, Torino, 2007.

[3] G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini, La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018.

© Wolters Kluwer Italia

L'Autore dimostra come già nel 1910 Vincenzo Manzini, giurista torinese, avesse pubblicato degli scritti in cui appariva la differenziazione tra diritto penale della "*gente colta e onesta*" e diritto penale "*contro la peggior delinquenza e malavita*" [4].

Manzini peraltro proponeva per il criminale sistemico, abietto e/o camorrista, la sospensione della soggettività penale, riservandogli reazioni esclusive del diritto di polizia, a causa della sua innata refrattarietà all'inflizione della condanna, dovuta alla totale impossibilità di riconoscere autorità all'ordinamento [5].

La prova storiografica di questa distinzione su suolo italiano non sorprende, se si guarda alla storia del sistema di prevenzione nel nostro Paese, da sempre orientato alla massimizzazione dell'efficacia repressiva *ante delictum* nei confronti di specifiche categorie di individui.

In questa breve disamina, senza pretese di esaustività, si fornirà un quadro generale dell'evoluzione dell'istituto nelle diverse fasi attraversate dal nostro ordinamento, con l'obiettivo di evidenziare se esista un *fil rouge* tra le categorie soggettive investite dalla prevenzione.

2. "Oziosi" e "vagabondi" nell'Italia *pre* e *post* unitaria

Le misure di prevenzione personale trovano la propria ragion d'essere in motivi di sicurezza e ordine pubblico, percepiti già molto prima dell'Unità d'Italia.

La repressione penale dei vagabondi è addirittura precedente al Codice penale del Regno Sabaudo, e trova la sua origine con la diffusione in Italia del Codice Napoleonico del 1810. Nel codice, infatti, definiti i vagabondi come "*persone che non diano conto di sé, non abbiano domicilio certo né mezzi di sussistenza e che non esercitino abitualmente alcun mestiere o professione*" [6], si prevedeva la segnalazione degli indiziati, che a seguito dell'audizione potevano essere condannati per il delitto di vagabondaggio di cui all'art. 269 del codice.

Gli oziosi, invece, appaiono come categoria autonoma per la prima volta nel Codice Albertino, in cui, nel novero dei delitti contro la

---

[4] V. Manzini, *La politica criminale e la lotta contro la delinquenza e la malavita*, in *Riv. pen*., 1911, p. 5.

[5] *Ibid*.

[6] Decreto 12 novembre 1810 del Regno d'Italia, "*Decreto con cui viene approvata la traduzione del* Code pènal *dell'impero francese e che sia posto in attività dal 1° Gennaio 1811*"; M. Da Passano, *Il vagabondaggio nell'Italia dell'Ottocento*, in *Acta Historiae*, 12/2004, p. 61.

© Wolters Kluwer Italia

tranquillità, venivano puniti coloro i quali "*sani e robusti, e non provveduti di sufficienti mezzi di sussistenza, vivono senza esercitare professione, arte o mestiere e senza darsi ad altro lavoro*" [7].

Analizzando le fattispecie si può notare la centralità della definizione delle caratteristiche personali degli individui, poiché erano essenzialmente queste ad essere oggetto del rimprovero, e dunque della rilevanza penale [8]. Ci si rivolgeva non ad un comportamento materiale, ma ad un modo di essere proprio di determinate categorie soggettive, in altri termini, si puniva un soggetto per ciò che egli propriamente è, e non per ciò che ha fatto [9].

Con la l. n. 1339 del 26 febbraio 1852 il Regno di Sardegna disciplina le prime misure di prevenzione, costituite da sottomissione, diffida, sorveglianza speciale e foglio di via obbligatorio per "oziosi" e "vagabondi". Tutte le fattispecie, definite dalla legge medesima come misure di polizia, erano finalizzate al controllo ed eventualmente all'allontanamento di chi, sano ed abile al lavoro, non fosse in grado di dimostrare la propria occupazione a domanda della pubblica autorità, portando a presumere che fosse in realtà occupato in traffici illeciti.

Tali norme, recepite dalla legislazione *post* unitaria, rimangono in vigore per circa un trentennio, durante il corso dei lavori preparatori finalizzati alla promulgazione di un codice penale unitario per il Regno d'Italia.

Ma, già durante il corso dei lavori, iniziano a sollevarsi dubbi sulla legittimità di prevedere come ipotesi di reato l'oziosità e il vagabondaggio, a causa della loro natura atipica, esclusivamente legata ad uno *status* personale, di mera incapacità di inserimento nel contesto produttivo del Paese [10].

Dalla seconda metà dell'Ottocento, infatti, fattasi largo l'influenza dell'orientamento liberale nel pensiero penalistico, le caratteristiche

---

[7] *Codice civile del Regno di Sardegna*, 20 giugno 1837.

[8] Il riferimento al tipo d'autore richiama inevitabilmente gli studi criminologici e antropologici di Cesare Lombroso, tra i pionieri della criminalistica italiana, nel medesimo periodo storico concentrò i suoi studi sulla "*Teoria dell'atavismo*" secondo la quale, in estrema sintesi, il criminale è un soggetto ipoevoluto, governato da scariche istintive e inarrestabili, ed in quanto soggetto privo di discernimento non rieducabile. Per un approfondimento sul tema v.: C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Roma, 1897; M. SBRICCOLI, *Lombroso e la nascita della criminologia positivista*, Bologna, 1983; P. VIANELLO, *La criminologia di Cesare Lombroso*, Padova, 1970; G. DE FRANCESCO, *L'uomo delinquente e l'invenzione del criminale nato*, Torino, 2009.

[9] T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Giustizia criminale*, 2014, p. 199.

[10] M. DA PASSANO, *Il vagabondaggio nell'Italia dell'Ottocento*, cit., p. 61.

© Wolters Kluwer Italia

personali di mera pericolosità sociale vengono distinte dalla commissione dell'illecito penalmente rilevante, finendo per costituire un binario parallelo rispetto alla general prevenzione, ascritta al diritto penale in senso stretto [11].

Si afferma, quindi, la decisione di escludere tali comportamenti dal novero dei delitti, per renderli oggetto di interventi di polizia di natura preventiva, confinandoli nelle leggi di pubblica sicurezza seguendo "*una linea di tendenza che mira non ad eliminare, ma a trasferire sul terreno degli interventi amministrativi di polizia gli istituti in palese contrasto con i principi garantistici e la purezza del sistema penale dello Stato di diritto*" [12].

Va dunque rilevato come fosse già maturata tra i giuristi una alta sensibilità al garantismo penale, al punto da pretendere che condotte prive della necessaria offensività materiale venissero quanto meno espunte dal novero dei delitti.

Ciononostante, il contesto di instabilità politica e sociale che ha caratterizzato il nostro Paese nel corso di tutto il Risorgimento e nei primi anni successivi all'Unità d'Italia, chiarisce il perché l'anticipazione del controllo sociale da parte dell'ordinamento costituisse un tema di fondamentale importanza.

3. La normativa *post* unitaria

La prima forma riconoscibile delle misure di prevenzione è senza dubbio individuabile nella Legge Pica, n. 1409 del 15 agosto 1863, "*Procedura per la repressione del brigantaggio e dei Camorristi nelle province infette*".

L'Italia *post* unitaria è profondamente afflitta dalla piaga del brigantaggio, specie nel Mezzogiorno, dove il malcontento è palpabile ed alimentato da una situazione economica estremamente precaria e da un forte legame con le precedenti forme di governo. Il brigantaggio diviene così, gradualmente, una forma di vera e propria ribellione sociale. I contadini meridionali, obbligati alla leva e sottoposti alle nuove imposte da parte del Governo sabaudo, percepirono il nuovo Stato come un'entità distante ed incomprensibile, trovando invece appoggio in

[11] G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 260.

[12] G. Neppi Modona - L. Violante, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 170.

© Wolters Kluwer Italia

organizzazioni locali, paramilitari, che si presentavano ai loro occhi come una forza di resistenza [13].

Parallelamente ed a causa di complesse implicazioni sociali, che non possono essere affrontate in questo contributo, nascono le prime associazioni a delinquere di stampo mafioso [14].

In questo contesto viene promulgata la Legge Pica, uno strumento complesso, che viene inizialmente dimenticato, quasi a rappresentare un tabù storico giuridico, poiché mette a punto misure aggressive e inizialmente transitorie per la repressione della criminalità nelle province meridionali [15].

Il testo della legge istituiva degli appositi tribunali militari per giudicare i briganti, autorizzando il diretto intervento dell'esercito nelle province più colpite dal fenomeno.

Tra le norme si prevedeva poi l'istituzione di giunte provinciali investite del compito di redigere delle liste di briganti e sospetti complici, definiti "*manutengoli*", oltre che l'istituzione di milizie volontarie per la caccia ai briganti, prevedendo incentivi finanziari per chiunque catturasse o uccidesse un sospetto.

A queste misure si aggiunge poi l'introduzione di una fattispecie di cui si farà larghissimo uso, con le dovute differenze, durante il ventennio fascista: il domicilio coatto.

A norma dell'art. 5 infatti si prevedeva che "*il Governo avrà inoltre facoltà di assegnare per un tempo non maggiore di un anno un domicilio coatto agli oziosi, ai vagabondi, alle persone sospette, secondo la designazione del codice penale, non che ai camorristi e ai manutengoli, dietro parere di Giunta composta dal Prefetto, dal Presidente del Tribunale, dal Procuratore del Re e di due consiglieri provinciali*".

La parabola evolutiva di questo provvedimento di polizia preventiva è molto peculiare: sin da subito estremamente criticato da giuristi e politici – Garibaldi si dimise da parlamentare a seguito della prima delle quattro proroghe della legge che lo introdusse [16] – è stato capace di

---

[13] Per approfondire gli aspetti criminologici del fenomeno del brigantaggio v.: F. MASTROBERTI - M. PIGNATA, *Il brigantaggio e la sua repressione nella storia d'Italia. A 160 anni dalla legge Pica*, Bari, 2024; F. PAPPALARDO, *Dal banditismo al brigantaggio*, Crotone, 2014; G. TATASCIORE, *I misteri del brigante italiano: alle origini di un tipo criminale*, in *Storica*, 73/2019.

[14] Per un *excursus* più completo sulla storia della nascita delle associazioni mafiose nel periodo *post* unitario v., per tutti, F. DALLA CHIESA, *Contro la mafia*, Milano, 2013.

[15] A. AGRÌ, *"Non è la morte il peggiore dei mali", il domicilio coatto nell'Italia liberale*, in *Hist. ius*, 22/2022, p. 5.

[16] *Id.* p. 6; R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia libe-*

© Wolters Kluwer Italia

mutare, adattandosi ai tempi, e nutrendosi delle emergenze che via via hanno interessato l'Italia liberale, giungendo sino all'epoca repubblicana.

Nella prima versione dell'istituto, il destinatario del provvedimento di domicilio coatto era obbligato a risiedere in luoghi indicati dalla pubblica autorità, per un tempo definito ma prorogabile, spesso distante dalla residenza abituale e sotto la diretta sorveglianza dell'autorità medesima, senza che ciò costituisse una pena per la commissione di un delitto penalmente rilevante, ma sulla base del sospetto indotto dalle proprie caratteristiche soggettive.

Ad imprimere carattere politico all'istituto fu la l. n. 2907 del 17 maggio 1866, con cui si estese il novero dei soggetti destinatari della misura: non più soltanto oziosi, vagabondi, camorristi e persone sospette, ma anche chi fosse indiziato di voler restaurare l'antico ordine di cose e così nuocere all'Unità d'Italia, rendendolo di fatto uno strumento dedicato all'allontanamento dalle grandi città di anarchici e socialisti [17].

A proposito di tale incontrollata estensione del novero dei destinatari, già all'epoca si levarono imponenti critiche da parte di giuristi e politici, tra cui il Rosadi che dichiarò, con uno slancio che ad oggi pare una inquietante premonizione: "*il sistema giuridico dei sospetti sostituiti alle prove e delle intenzioni scambiate coi fatti è fondato per sempre*" [18].

Il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza n. 6144 del 30 giugno 1889 consolidò i risultati delle legislazioni precedenti e disciplinò in maniera organica l'intera materia.

Gli oziosi e vagabondi vennero affiancati dalla nuova categoria dei diffamati, individui considerati come abitualmente dediti al delitto, anche se prosciolti per insufficienza di prove o assolti con formula piena, che venivano però sottoposti in forza della propria, apparente, qualifica

---

rale, Bologna, 1980, p. 66; E. De Cristofaro, *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Acireale-Roma, 2015.

[17] Va menzionato peraltro l'impatto politico del domicilio coatto nei confronti dei soggetti asseritamente considerati come terroristi. Il concetto stesso di terrorista venne nelle varie epoche adattato alle emergenze politiche contingenti, partendo dagli anarchici, passando per i socialisti, per finire negli anni di piombo, con il terrorismo politico delle Brigate Rosse e dei NAR. Per un approfondimento sul tema v.: A. Ventura, *Per una storia del terrorismo italiano*, Roma, 2010; G. M. Ceci, *Il terrorismo italiano. Storia di un dibattito*, Roma, 2013; per un approfondimento sulle condizioni di vita dei soggetti sottoposti al domicilio coatto tra fine '800 e primi del '900 v. gli scritti di E. Croce, *Nel domicilio coatto*, vol. II, Lipari, 1900.

[18] V. G. Rosadi, *Del domicilio coatto e dei delinquenti recidivi*, Firenze, 1900, p. 17, citato da A. Agrì, *"Non è la morte il peggiore dei mali"*, cit., p. 10.

© Wolters Kluwer Italia

soggettiva alle misure di prevenzione della ammonizione e della sorveglianza speciale [19].

È importante sottolineare come questa categoria si cristallizzerà nel novero dei soggetti passibili di incorrere in una misura di prevenzione, giungendo sino ai giorni nostri. È evidente infatti, come il *diffamato*, cioè *colui che è designato dalla pubblica voce come abitualmente colpevole di delitti* [20] non sia altro che una formulazione precedente alle garanzie della Carta costituzionale, dell'art. 1 del vigente Codice Antimafia, che recita: "*coloro che, sulla base di elementi di fatto, devono ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi*", dichiarata incostituzionale soltanto nel 2019 [21].

Contravvenire alle prescrizioni summenzionate comportava l'irrogazione del domicilio coatto, la cui durata venne estesa ad un massimo di cinque anni [22].

Si conclude così quella che potremmo definire la prima fase storica delle misure di prevenzione: nate per controllare il "diverso", vengono modellate come strumento di polizia per la repressione del dissenso politico e sociale in situazioni di emergenza, creando all'interno dell'ordinamento italiano una sorta di biforcazione per cui convivevano un Testo Unico (1889) di matrice quasi militare, fondato sul sospetto, che ignorava i principi generali sulla libertà personale dello Statuto Albertino, ed il Codice penale Zanardelli (1889), frutto di una linea marcatamente liberale, che finiva per "intralciare l'azione preventiva della polizia" [23].

Unico punto di contatto tra la penalistica liberale e il legislatore preunitario e post-unitario, è dunque il vedere nella difesa sociale il campo privilegiato nel quale collocare la tutela dei valori borghesi (laboriosità, possesso, stabilità, efficienza) minacciati dalla violazione

---

[19] L. LACCHÈ, *Uno sguardo fugace alle misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen,* 2/2017, p. 413.

[20] Art. 25 T.U. 30 giugno 1889.

[21] C. cost. 24/2019, ud. 20 novembre 2018, dep. 27 febbraio 2019.

[22] Nel T.U. vennero invero anche introdotte le prime forme di garanzia nei confronti degli individui attinti dalle misure, che *poterono* finalmente beneficiare della difesa di un avvocato nel corso della procedura di ammonizione e proporre reclamo nei confronti della decisione, con effetto sospensivo della misura. Anche la commissione provinciale venne modificata nella sua composizione, così da affiancare al prefetto il presidente del tribunale ed il procuratore del Re. Mentre il procedimento per l'irrogazione del domicilio coatto venne dotato di una sorta d'appello, proponibile ad una commissione nazionale istituita presso il Ministero dell'Interno.

[23] L. LACCHÈ, *Uno sguardo fugace*, cit., p. 424.

© Wolters Kluwer Italia

dell'ordine pubblico, prima ancora che dalla violazione della fattispecie penale [24].

4. Il fascismo e la prevenzione del dissenso politico

Gli attentati al Duce del 1925 e 1926 influirono sulla percezione di un clima di emergenza nazionale che culminò con la stesura delle leggi fascistissime e della prima legge di pubblica sicurezza del 1926, che dà vita al Tribunale speciale per la difesa dello Stato.

Con il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con il r.d. n. 1848 del 6 novembre 1926, e passato alla storia come TULPS, il governo fascista segna una ulteriore svolta nella storia delle misure di prevenzione.

I già deboli mezzi di difesa concessi dal Testo Unico del 1889 vennero rivisti [25], le qualifiche soggettive degli individui passibili di essere sottoposti ad ammonizione, e di conseguenza passibili di condanna al confino di polizia, riguardavano ancora oziosi e vagabondi, *persone designate dalla pubblica voce come pericolose socialmente* [26], diffamati – cioè *persone designate dalla pubblica voce come abitualmente colpevoli* di un novero di reati elencati a norma dell'art. 167 –, coloro che svolgano o abbiano manifestato proposito di svolgere attività rivolta a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato.

È interessante notare come molte delle qualificazioni soggettive del TULPS del 1926 siano giunte sino ai giorni nostri: il concetto di persona socialmente pericolosa, i sospetti di vivere con il ricavato di azioni delittuose.

Anche le prescrizioni nei confronti del confinato sono sopravvissute all'avvento della Carta costituzionale e sono ancor oggi riportate nel Codice Antimafia come prescrizioni della pubblica autorità nei

---

[24] *Id.*, p. 428; L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini, Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990.

[25] Era concesso il difensore per il procedimento di ammonizione, ma non il ricorso contro la decisione, salvo che per motivi di incompetenza. Contro l'ordinanza di assegnazione al confino di polizia era ammesso appello, in presenza di un difensore, presso una commissione costituita *ad hoc* al Ministero dell'Interno e presieduta dal Sottosegretario di Stato. In caso di intervenuta parità nei voti della commissione prevaleva per legge il voto del Presidente.

[26] Art. 164 TULPS: "*Il questore, con rapporto scritto, motivato e documentato, denuncia al Prefetto per l'ammonizione, gli oziosi, i vagabondi abituali validi al lavoro e non provveduti di mezzi di sussistenza o sospetti di vivere con il ricavato di azioni delittuose e le persone designate dalla pubblica voce come pericolose socialmente [...]*".

© Wolters Kluwer Italia

confronti dei soggetti sottoposti a sorveglianza speciale. La prescrizione di *darsi a stabile lavoro* [27] è divenuto darsi alla ricerca di un lavoro, *non frequentare osterie*, è diventato non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, *tenere buona condotta e non dar luogo a sospetti*, è diventato vivere onestamente e rispettare le leggi, mentre rimangono identiche le diciture circa gli orari di permanenza presso la propria dimora, il presentarsi all'autorità pubblica quando richiesto ed il non possedere armi.

Leggere l'art. 186 del TULPS e l'art. 8 del Codice Antimafia, in parallelo, non si può negare faccia sorgere presentimenti negativi, l'unica consistente differenza sta nella procedura di irrogazione che è ormai di esclusiva competenza del Tribunale.

Volendo dare una visione generale, giunti a questa fase dell'evoluzione storica del sistema di prevenzione, è opportuno sottolineare come la matrice originaria delle misure, e cioè il controllo sociale, la tutela dell'ordinamento dello Stato e il controllo degli individui divergenti all'interno della società, si sia prestato perfettamente come strumento di soppressione dei diritti, essenziale alle politiche del regime fascista.

Questo aspetto non può considerarsi neutrale nell'analisi degli istituti, neanche dopo la rilettura costituzionalmente orientata che vedremo a breve, poiché se la *ratio* alla base dei provvedimenti era la soppressione, per il tramite di un sistema di polizia, del divergente, per quanto un adattamento sia avvenuto, non è scontato che il risultato nella pratica applicativa si allontani da quello sperato al momento dell'ideazione delle misure.

Detto in altri termini, per quanto il vincolo al rispetto dei principi costituzionali abbia, potremmo dire, ingentilito la materia, un mezzo che nasce come para-penale e volto al controllo della società, non potrà mai elevarsi a misura di civiltà giuridica se non cambia nelle sue caratteristiche sostanziali, che al contrario, nel nostro caso risultano invariate.

5. L'avvento della Costituzione e l'adattamento del sistema sino al Codice Antimafia

Con la caduta del regime fascista si iniziò a riflettere sulla compa-

---

[27] Art. 186 TULPS: "*all'assegnato al confino può essere peraltro prescritto di non allontanarsi dall'abitazione senza preavviso all'autorità (...); di non rincasare la sera più tardi di una determinata ora (...); di non frequentare postriboli, osterie o altri esercizi pubblici (...); di tenere buona condotta e non dare luogo a sospetti; [...]*".

© Wolters Kluwer Italia

tibilità delle misure regolate dal TULPS, con il nuovo assetto costituzionale [28].

Con la sentenza n. 11/1956 la Corte costituzionale intervenne direttamente sull'istituto dell'ammonizione, dichiarandone il contrasto con l'art. 13 Cost. che "*sottrae all'autorità amministrativa il potere di emanare provvedimenti restrittivi della libertà personale*" [29].

Il legislatore recepì prontamente le problematiche strutturali sottolineate dalla Corte e con la l. n. 1423 del 23 dicembre 1956, provvide ad un riordino della materia. La diffida e il foglio di via rimasero di competenza del questore, mentre la neo introdotta sorveglianza speciale, che nasceva da un ibrido tra ammonizione e domicilio coatto, fu assegnata al tribunale, ampliandone le garanzie per il tramite del controllo giurisdizionale.

Investita successivamente di questioni di legittimità sulla nuova normativa, la Corte parve attestarsi sulla conclusione che una funzione preventiva è immanente all'esistenza stessa dell'ordinamento, ed essenziale per la tutela dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali, che lo Stato è tenuto a garantire. Di conseguenza, può ammettersi che una parte di questa funzione venga svolta dalle autorità amministrative, purché venga garantito il rispetto dei principi assoluti di eguaglianza ed il limite del diritto di difesa [30].

Una ulteriore svolta storica è rappresentata dalla l. n. 575 del 1965 contenente "*Disposizioni contro la mafia*" con cui si piegò ulteriormente lo strumento delle misure di prevenzione alla lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ampliando il novero dei soggetti passibili di misura, a cui si aggiunsero, con la riforma del 1975, i soggetti definiti come politicamente pericolosi, in risposta all'allarme terrorismo interno [31].

---

[28] Una delle primissime pronunce della Corte costituzionale neo istituita riguardò proprio una delle misure di prevenzione: il rimpatrio obbligatorio dello straniero. Nella pronuncia n. 2/1956 (ud. 30 aprile 1956, dep. 23 giugno 1956) la Corte dichiarò incostituzionale per violazione del principio della riserva di giurisdizione, di cui all'art. 13 Cost., il rimpatrio con traduzione, e sottolineò che il procedimento di rimpatrio obbligatorio, perchè fosse legittimo, dovesse essere giustificato da fatti concreti nei limiti imposti dall'art. 16 Cost., il quale a sua volta esclude la legittimità del rimpatrio che sia avvenuto per ragioni politiche.

[29] C. cost. n. 11/1956, ud. 16 ottobre 1956, dep. 30 ottobre 1956, in *Cortecostituzionale.it*.

[30] C. cost. n. 2/1956, ud. 30 aprile 1956, dep. 23 giugno 1956 (cit. par. 3 del *Considerato in diritto*), in *Cortecostituzionale.it*.

[31] Cfr. l. 22 maggio 1975, n. 152; G. Vassalli, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, t. III, Milano, 1972.

© Wolters Kluwer Italia

La riforma che ha fatto la storia moderna delle misure di prevenzione in Italia è nota come Legge Rognoni-La Torre che, nel 1982, introdusse *ex novo* le misure di prevenzione patrimoniali e il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso, come fattispecie autonoma [32].

Solo nel 1988, con la l. n. 327, furono abolite le ormai desuete categorie degli oziosi e vagabondi e dei soggetti abitualmente dediti ad attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume, e si riformularono in parte le fattispecie per accogliere l'indicazione della Corte costituzionale di non adottare le misure sulla base del mero sospetto non orientato da elementi di fatto [33].

Diverse riforme hanno riguardato la materia negli ultimi anni, a partire dai c.d. pacchetti sicurezza del 2008 e 2009 [34], per finire con un più sistematico e necessario riordino generale della materia, operato con il d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ormai noto come Codice Antimafia.

Nella storia moderna e contemporanea del nostro Paese il tema delle misure di prevenzione è così divenuto indissolubilmente legato a quello del contrasto alle associazioni a delinquere di stampo mafioso, il nemico, nel senso *Jakobsiano* del termine, è la mafia, e sull'altare di questa lotta si gioca sul filo delle garanzie assolute riconosciute al cittadino dall'ordinamento [35].

Per quanto sia assolutamente impossibile sostenere che dal punto di vista delle garanzie procedurali e di appello, le odierne misure di

---

[32] Per la visione della dottrina contemporanea alla promulgazione della Legge Rognoni-La Torre v. *ex multis*: G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 legge 13/9/1982 n. 646*, in *Leg. Pen.,* 1983, p. 257; P. SEVERINO, *Misure di prevenzione di carattere patrimoniale e indagini patrimoniali nelle prime pronunce giurisprudenziali applicative della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Banche e Banchieri*, 6/1986, p. 397; M. DI RAIMONDO, *Lineamenti delle misure di prevenzione con le novità introdotte dalla legislazione antimafia*, Padova, 1983.

[33] Cfr. C. cost. n. 2/1956 (ud. 30 aprile 1956, dep. 23 giugno 1956), cit., par. 3 del considerato in diritto; n. 23/1964 (ud. 6 novembre 1963, dep. 23 marzo 1964), par. 4 del considerato in diritto; recepite con la pronuncia n. 177/1980, ud. 15 ottobre 1980, dep. 22 dicembre 1980, in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 3, della l. 1423/1956 nella parte in cui individua come passibili di misura di prevenzione i "*proclivi a delinquere*" per violazione degli art. 13 e 25 Cost.

[34] Cfr. d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125) e l. 15 luglio 2009, n. 94.

[35] M. DONNINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 772; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. Quest. pubbliche*, Palermo, 2011, p. 531; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

© Wolters Kluwer Italia

prevenzione abbiano molto in comune con le prime forme di contrasto al brigantaggio, ad esito di questa seppur breve disamina pare emergere una schiacciante omogeneità di intenti e costruzione.

Il nemico è certamente cambiato durante il corso della nostra storia, ma non pare ci sia stato alcun cambiamento nella percezione dell'emergenza e nell'istanza popolare di intervento statale [36].

È proprio ciò che Sbriccoli ha definito il "*paradosso del fallimento della legislazione d'emergenza*" [37] per cui le misure che nascono per fronteggiare situazioni gravi e temporanee, per il tramite di leggi eccezionali, vengono di regola prorogate o rinnovate per la sorprendente ragione che il problema per il quale erano state pensate è rimasto irrisolto, o è mutato [38].

Il sistema strettamente penale ha sviluppato forti anticorpi alla violazione delle garanzie assolute nei confronti del reo, ma di pari passo la patologia è mutata ed ha trovato terreno fertile in altri campi del diritto, adattati alla necessità di intervento, senza l'ostacolo dei principi di matrice penalistica, un esempio per tutti è quello dell'interdittiva antimafia.

Le misure di prevenzione sono strumenti duttili, flessibili, mentre il principio di legalità è rigido, ne consegue che tutto ciò che non riesce ad entrare nei margini del diritto penale, viene modellato sulle esigenze di prevenzione.

Le misure di prevenzione personale sono uno strumento efficace, consolidato e di importanza storica per il nostro Paese, e la loro efficacia nella prassi è indubbiamente da attribuire alla loro natura. Ciò che si auspica è che si prosegua con l'opera di adattamento degli istituti alle indicazioni già più volte fornite dalla CEDU e dalla Corte costituzionale, per riuscire a lasciarsi finalmente alle spalle anche i residui di un inaccettabile diritto penale del nemico [39].

---

[36] G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000; S. Moccia, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Milano, 1997; Id., *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, seconda edizione riveduta ed ampliata, Napoli, 2000; P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Napoli, 2001.

[37] M. Sbriccoli, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in L. Violante (a cura di), *Legge Diritto Giustizia, Storia d'Italia*, *Annali* 14, Torino, 1998, p. 592.

[38] *Id*., p. 517.

[39] C. eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, *De Tommaso c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int*; Cass. pen., sez. un. 27 aprile 2017, n. 40076, con commento di G. Biondi, *Le sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte Edu De Tommaso contro Italia*, in *Dir. pen. con.*, 10/2017; C. cost. n. 24/2019, n. 25/2019 (ud. 23 gennaio 2019, dep. 27 febbraio 2019), in *Cortecostituzionale.it*.

© Wolters Kluwer Italia

TRADIZIONE GIURIDICA E INNOVAZIONE INTERPRETATIVA: UNA LETTURA CRITICA DELLA NORMA GENERALE ANTIABUSO NEL DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO *

MARINA RIGHI

SOMMARIO: 1. Premessa: la legalità tributaria tra tradizione giuridica e innovazione interpretativa. – 2. L'elusione fiscale e il ruolo interpretativo del principio di capacità contributiva. – 3. Una lettura critica dell'attuale clausola generale antiabuso italiana alla luce del principio di legalità tributaria. – 4. Conclusioni.

Abstract: In contemporary tax law, there is a growing tension between two fundamental constitutional principles: on the one hand, legality and tax typicity, traditionally understood in a formal and guarantee-oriented sense; on the other hand, the principle of ability to pay, conceived as a criterion of substantive justice and equity. For a long time, the dominant interpretative approach favored rigid legality, aimed at protecting the taxpayer against the arbitrariness of the State's taxing power. Subsequently, however, the pendulum swung in the opposite direction: in the name of tax justice and the fight against tax avoidance, interpretative approaches inspired by economic-based substantive reasoning developed, in tension with the constitutional foundations of the rule-of-law tax system. In this context, the reformulation of the general anti-avoidance rule (Article 10-*bis* of Law No. 212/2000) in the Italian legal system represented an attempt to reconcile this tension, providing a regulatory framework intended to balance the need to combat tax avoidance with the necessary safeguard of legality. On this basis, this contribution aims to offer a critical analysis and interpretation of the general anti-avoidance rule not as a derogation, but as a coherent evolution of tax legality, consistent with the requirements of

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

the democratic rule of law and with the legitimacy and coherence of the tax system.

1. Premessa: la legalità tributaria tra tradizione giuridica e innovazione interpretativa

Nel sistema tributario contemporaneo, il rapporto tra principio di legalità e principio di capacità contributiva rappresenta una delle questioni più complesse e decisive per la salvaguardia dello Stato di diritto.

Il principio di legalità, tradizionalmente inteso come limite al potere impositivo e garanzia della libertà individuale, costituisce il nucleo del costituzionalismo moderno. Esso si fonda sull'idea secondo cui la legittimazione dell'autorità deriva dal diritto positivo, espressione della volontà popolare mediata dalla rappresentanza parlamentare [1].

In tale prospettiva, sebbene libertà e legalità abbiano funzioni e contenuti distinti, esse rimangono indissolubilmente connesse: il riconoscimento della sfera di autonomia dell'individuo comporta la necessità di regole generali che ne assicurino l'esercizio in condizioni di uguaglianza e prevedibilità. È proprio attraverso tali regole che la libertà viene tutelata e resa effettiva.

Nel diritto tributario, più che in altri settori dell'ordinamento, questa relazione assume una rilevanza decisiva. Da un lato, la legalità tutela il contribuente contro l'arbitrio dell'amministrazione tributaria, garantendo prevedibilità e certezza nei rapporti giuridici; dall'altro, consente allo Stato di esercitare la potestà impositiva nel rispetto dei limiti costituzionali e dei valori su cui si fonda lo Stato di diritto [2].

Storicamente, l'interpretazione della legge tributaria si è orientata secondo la visione positivista classica [3], coerente con la funzione garantista del principio di legalità. Poiché l'imposizione incide direttamente sulla sfera patrimoniale del contribuente, l'applicazione della norma è stata ammessa solo entro i confini espressamente delineati dal legislatore, escludendo qualsiasi estensione analogica o valutazione

[1] F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario: parte generale*, Torino, 2019, p. 14.

[2] G. PINO, *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in M.M. CARTABIA - M. RUOTOLO (a cura di), *Enc. dir.*, *Potere e costituzione*, Milano, 2023, pp. 961-969.

[3] H. KELSEN, *Teoria pura do direito* (trad. J.B. Machado), São Paulo, 2011.

© Wolters Kluwer Italia

extragiuridica. L'interprete, pertanto, non poteva ampliare il significato delle disposizioni né ricorrere a criteri di opportunità o di giustizia sostanziale, ma doveva attenersi al testo legislativo come espressione della volontà generale e garanzia della certezza del diritto.

Tale impostazione, propria del positivismo giuridico classico, ha assicurato per lungo tempo neutralità e prevedibilità all'azione amministrativa, ma ha mostrato i suoi limiti nei casi in cui la mera osservanza formale della legge risultava incapace di realizzare la giustizia del prelievo. Da qui l'emergere, a partire dalla seconda metà del Novecento, di correnti antipositiviste, favorite dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e dal rafforzamento del ruolo delle Corti supreme nella concretizzazione dei valori costituzionali [4].

In questo nuovo contesto, il diritto non poteva più essere concepito come un sistema chiuso di norme formali, ma come un ordinamento aperto ai principi di equità e di giustizia. Si affermò così l'esigenza di superare la rigida separazione tra diritto e morale, riconoscendo che l'applicazione della legge non poteva ridursi a un esercizio logico-deduttivo, ma doveva implicare una valutazione sostanziale conforme ai valori costituzionali.

Questa tensione tra legalità formale e giustizia sostanziale trovò nel diritto tributario una delle sue espressioni più problematiche: la definizione dei limiti entro i quali il contribuente può legittimamente organizzare la propria attività economica per ridurre il carico fiscale.

Il fenomeno dell'elusione fiscale si è così configurato come il terreno privilegiato di confronto tra due principi di rango costituzionale: la legalità tributaria, rappresentando la garanzia di certezza e tutela dell'autonomia privata, e la capacità contributiva, espressione delle esigenze di equità e proporzionalità del prelievo.

Le differenti interpretazioni che nel tempo sono state offerte a quest'ultimo principio riflettono, in fondo, diverse concezioni del rapporto tra norma e valore, tra legalità formale e legalità sostanziale. È su questo terreno, segnato dal costante tentativo di conciliare libertà individuale e funzione redistributiva del tributo, che si colloca l'analisi che segue.

---

[4] R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2007, p. 39.

© Wolters Kluwer Italia

2. L'elusione fiscale e il ruolo interpretativo del principio di capacità contributiva

Il percorso di elaborazione del principio di capacità contributiva nella ricostruzione teorica e pratica del fenomeno elusivo rappresenta una delle traiettorie più significative e controverse dell'evoluzione del diritto tributario italiano. Esso testimonia il passaggio da un'impostazione formalista, centrata sulla rigida riserva di legge e sulla tassazione delle sole fattispecie tipizzate, verso una concezione aperta ai valori dell'equità e della giustizia tributaria. Nel corso di tale evoluzione, la capacità contributiva si è trasformata da mero criterio di legittimazione dell'imposizione a vero e proprio parametro interpretativo dell'ordinamento tributario.

La prima fase, tra gli anni Venti e Cinquanta, è caratterizzata dall'influenza della Scuola di Pavia di Benvenuto Griziotti, che propose una lettura funzionale ed economica del diritto tributario, autonomo rispetto al diritto privato [5]. In tale prospettiva, l'imposizione doveva colpire la sostanza economica dei fatti, a prescindere dalle forme giuridiche adottate, attribuendo al diritto tributario una propria capacità di qualificazione degli atti. In questo quadro, l'elusione fiscale appariva come un falso problema: poiché il diritto tributario poteva autonomamente oltrepassare la forma giuridica per colpire la sostanza economica, non vi sarebbe spazio per comportamenti formalmente leciti ma sostanzialmente sottrattivi della capacità contributiva.

Pur coerente con l'esigenza di equità, tale approccio entrava tuttavia in tensione con la riserva di legge tributaria, minando la certezza del diritto. L'interpretazione c.d. funzionale rischiava infatti di attribuire all'interprete un potere creativo incompatibile con il principio di legalità, aprendo la via a una tassazione fondata su valutazioni economiche anziché giuridiche [6].

Negli anni Settanta e Ottanta il dibattito si spostò sul terreno civilistico. In assenza di una disciplina antielusiva autonoma, giurisprudenza e dottrina iniziarono a cercare all'interno dello stesso ordinamento positivo una giustificazione per reprimere i fenomeni elusivi, facendo ricorso agli istituti del codice civile, come la frode alla legge

---

[5] G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, pp. 4-6.

[6] G. MELIS, *Lezioni di Diritto Tributario*, VI ed., Torino, 2018, p. 97.

© Wolters Kluwer Italia

(art. 1344 c.c.) [7]. La capacità contributiva fu così richiamata per qualificare le norme tributarie come norme "imperative", dotate di carattere cogente e inderogabile, tali da giustificare la nullità degli atti che, pur formalmente leciti, risultassero diretti a eludere il dovere costituzionale di concorrere alle spese pubbliche [8].

Nella prima metà degli anni Duemila, la Corte di cassazione tornò a percorrere la medesima via, tentando di contrastare l'elusione mediante categorie privatistiche. In alcune pronunce dichiarò nulli, per mancanza di causa ai sensi degli art. 1325 e 1418 c.c., i negozi privi di valide ragioni economiche diverse dal risparmio fiscale, facendo leva sulla teoria della causa concreta, secondo cui l'interesse perseguito dalle parti diviene elemento essenziale ai fini della liceità del contratto [9].

Questa impostazione suscitò ampie critiche. Parte della dottrina osservò che la Corte aveva confuso la causa contrattuale con i meri motivi soggettivi, tradizionalmente irrilevanti nel diritto civile, compromettendo la coerenza sistematica delle categorie privatistiche [10]. Inoltre, fu rilevata l'inadeguatezza della sanzione di nullità nel contesto tributario: l'invalidità dell'atto, pur incidendo sull'autonomia privata, non consentiva il recupero dell'imposta indebitamente risparmiata, risultando dunque contraria allo stesso interesse erariale [11].

Si consolidò così la consapevolezza che il fenomeno elusivo dovesse essere fronteggiato con strumenti propri del diritto tributario, piuttosto che attraverso l'utilizzo improprio di categorie civilistiche. Tale maturazione teorica rafforzò il dibattito sulla necessità di una disciplina antielusiva autonoma, idonea a garantire coerenza sistematica, certezza del diritto e tutela dei principi costituzionali dell'imposizione.

Parallelamente, maturò la convinzione che, in un ordinamento fondato sul principio di legalità e sulla riserva di legge *ex* art. 23 Cost., l'intervento antielusivo dovesse provenire dal legislatore e non dall'interprete. Da un lato, si riteneva che in un sistema fiscale non flessibi-

---

[7] M. Manca, *Art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973: condizioni di applicabilità della norma antielusiva,* in *Il Fisco*, 19/2004, p. 2901.

[8] Cass., sez. V, 26 ottobre 2005, n. 20816.

[9] G. Zizzo, *Giurisprudenza-Accertamento-Nullità negoziali ed elusione tributaria*, in *Corr. trib*., 29/2006, p. 2144.

[10] G. Corasaniti, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib*., 2/2006, pp. 244-247.

[11] S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Milano, 1992, pp. 154-155.

© Wolters Kluwer Italia

le [12], il fenomeno dell'elusione dovrebbe essere affrontato ricorrendo necessariamente alle norme antielusive specifiche e analitiche [13]. Le operazioni "elusive" non contemplate specificamente da una legge fiscale rientrerebbero necessariamente nell'ambito di applicazione del lecito risparmio fiscale. Dall'altro, si riconosceva che un approccio puramente formalistico e basato su norme specifiche risultava strutturalmente incapace di tenere il passo con l'evoluzione delle pratiche elusive. Tuttavia, il dibattito rimase segnato da forti resistenze culturali e istituzionali: il timore di sacrificare la certezza del diritto e la libertà economica del contribuente frenò a lungo l'introduzione di una clausola generale, alimentando un equilibrio precario tra esigenze di efficacia e garanzie di legalità.

A questo punto, più o meno a partire dagli anni Ottanta, i contribuenti hanno iniziato a ricorrere a schemi elusivi sempre più aggressivi. Di fronte a questa nuova realtà e dunque allo stato di "impotenza" in cui si trovava l'amministrazione fiscale [14], una terza fase si apre con i primi tentativi di positivizzare una disciplina generale dell'elusione. L'art. 10 della l. 29 dicembre 1990, n. 408 e, successivamente, l'art. 37-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, rappresentarono i primi interventi organici in tale direzione: pur circoscritti a specifiche operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, conferimenti), essi introdussero criteri antielusivi di portata generale. Proprio in ragione del loro ambito applicativo limitato ma della struttura concettualmente ampia, la dottrina qualificò tali disposizioni come clausole "semi-generali".

A partire dagli anni Duemila, il tema subì un nuovo impulso sotto l'influsso del diritto dell'Unione europea. Con la sentenza *Halifax* (C. giust. UE, 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax*), si affermò il principio generale del divieto di abuso del diritto, applicabile alle imposte armonizzate. Tuttavia, non potendo tale principio estendersi automaticamente alle imposte non armonizzate, la Corte di cassazione italiana – a partire dal 2008 – individuò nell'art. 53 Cost. il fondamento di un principio generale antiabuso di natura costituzionale. Secondo tale impostazione, dal c.d. articolo deriverebbe un divieto costituzionale di abuso del diritto, in quanto nessuno potrebbe sottrarsi al dovere di concorrere alle spese pubbliche a parità di capacità contributiva. Di conse-

---

[12] A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Bologna, 1996, pp. 10-11.

[13] C. DEL FEDERICO, *Le patologie civilistiche del contratto fiscalmente abusato,* Milano, 2023, p. 136.

[14] P.M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 129.

© Wolters Kluwer Italia

guenza, sarebbero vietati tutti gli atti che, pur manifestando la medesima capacità contributiva, determinano una tassazione differenziata.

La giurisprudenza, quindi, nonostante la limitazione prevista dell'art. 37-*bis*, d.P.R 600/1973 (in vigore all'epoca), ha ritenuto l'esistenza di una norma generale antielusiva non scritta [15]. Questa norma deriverebbe da un presunto divieto costituzionale generale di abuso di diritto a fini fiscali [16], identificando la condotta abusiva come quella che, nell'uso distorto delle norme di legge, è stata posta in essere al fine di ottenere vantaggi fiscali [17].

A questo proposito, Zizzo sottolinea efficacemente che il divieto di abuso di diritto elaborato dalla Corte di cassazione italiana ha evidenziato un forte scollamento rispetto a quello principio sancito dalla Corte di giustizia dell'UE [18]. Questa comprensione della giurisprudenza ha permesso un'applicazione generale del principio dell'abuso di diritto, che ha acquistato il valore di vera e propria fonte giuridica [19], senza che sia stato creato un sistema di tutela al contribuente. Il ricorso agli atti o negozi giuridici che perseguono un minor carico fiscale è espressione della libera iniziativa, riconosciuta sia nella Costituzione italiana che nel sistema comunitario [20]. L'applicazione della capacità contributiva come giustificazione dell'abuso di diritto, ammettendone l'uso senza alcuna limitazione, annulla il diritto costituzionale alla libera iniziativa e, come conseguenza, il diritto di auto-organizzazione del contribuente.

Non sorprende, dunque, che una parte significativa della dottrina abbia espresso una netta contrarietà all'orientamento adottato dalla Corte italiana. In particolare, appare pienamente condivisibile la posizione di Manzitti, secondo cui questa interpretazione giurisprudenziale ha creato una nuova regola di abuso del diritto non codificata, in aperto conflitto con la riserva di legge tributaria [21]. Analogamente, risultano

---

[15] A. Manzitti - M. Fanni, *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corr. trib*., 15/2014, p. 1141.

[16] F. Tesauro, *Op. cit.,* p. 250.

[17] G. Ingrao, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria, un approccio con più luci che ombre*, in *Dir. prat. trib*., 4/2016, p. 1436.

[18] G. Zizzo, *Op. cit*., p. 871.

[19] C. Attardi, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Dir. prat. trib*., 4/2008, pp. 20635.

[20] C. Melillo, *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa*, in *Dir. prat. trib*., 3/2010, p. 10416.

[21] A. Manzitti, *Contrasto all'elusione e incertezza del diritto,* in *Dialoghi trib*., 1/2009, p. 34.

© Wolters Kluwer Italia

persuasive le argomentazioni di Lunelli e Barazza, i quali sottolineano come l'art. 53 Cost. non possa essere interpretato isolatamente né assunto come principio prevalente sugli altri valori costituzionali. Esso deve piuttosto essere letto in connessione sistematica con gli art. 3 Cost. (principio di uguaglianza), 23 Cost. (principio della riserva di diritto tributario) e 97 Cost. (principio di imparzialità della pubblica amministrazione), così da evitare che la capacità contributiva venga trasformata in un parametro indeterminato e creativo di imposizione. Da questa prospettiva, la pretesa di censurare atti e comportamenti sulla base di un principio generale antiabuso privo di fondamento legislativo – peraltro in precedenza escluso dalla stessa giurisprudenza – non poteva che essere respinta [22].

In questa luce, l'evoluzione del concetto di elusione fiscale nel diritto italiano riflette un processo complesso nel quale l'impiego della capacità contributiva come criterio interpretativo ha progressivamente inciso sull'equilibrio tra legalità formale e giustizia sostanziale, generando tuttavia un quadro applicativo segnato da incertezza e imprevedibilità. La distinzione tra pianificazione fiscale lecita, elusione e abuso del diritto è rimasta a lungo affidata a valutazioni giurisprudenziali mutevoli, con evidenti ricadute negative sul piano della certezza del diritto.

È proprio a partire da questa condizione di instabilità che si comprende l'esigenza di un intervento legislativo organico, volto a ricondurre la materia entro i confini della legalità formale e a restituirle coerenza sistematica. In tale prospettiva, l'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente si presenta come una risposta strutturale alla necessità di sottrarre l'abuso del diritto alla pura elaborazione giurisprudenziale, restituendolo al controllo della legge.

Ciononostante, come si vedrà nel paragrafo seguente, la codificazione non ha del tutto dissipato le zone d'ombra del sistema: la clausola generale antiabuso, per la sua formulazione basata su termini indeterminati, lascia ancora margini a letture sostanzialistiche ed economicistiche. A questo punto, il paragrafo successivo analizzerà criticamente l'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente non come deroga, ma come evoluzione coerente del principio di legalità tributaria, in una prospettiva compatibile con le esigenze dello Stato democratico di diritto e con la coerenza e la legittimità complessiva del sistema fiscale.

---

[22] R. LUNELLI - E. BARAZZA, *L'"abuso del diritto" secondo le SS.UU. e la Sezione Trib.*, in *Corr. trib.*, 20/2009, pp. 1576-1577.

© Wolters Kluwer Italia

3. Una lettura critica dell'attuale clausola generale antiabuso italiana alla luce del principio di legalità tributaria

Con l'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente, il legislatore ha compiuto il più avanzato tentativo di dare sistematicità alla tutela della legalità tributaria nel contesto delle moderne strategie di contrasto all'elusione fiscale. L'obiettivo dichiarato era duplice: da un lato, garantire certezza giuridica e prevedibilità dell'azione amministrativa; dall'altro, impedire che il contribuente potesse sottrarsi indebitamente all'imposizione sfruttando lacune o incoerenze normative. L'attuale norma antiabuso italiana rappresenta dunque il tentativo di tradurre in norma positiva un equilibrio instabile tra certezza del diritto e giustizia fiscale, costruendo un modello di contrasto all'elusione che mira ad essere al tempo stesso efficace e garantista.

Tuttavia, l'ambizione sistematica della clausola si confronta con una realtà interpretativa complessa: la sua struttura aperta e l'impiego di concetti giuridici indeterminati – quali "vantaggi fiscali indebiti", "sostanza economica", "principi e valori dell'ordinamento tributario", "normali logiche di mercato" – rispondono all'esigenza di cogliere fenomeni elusivi in continua evoluzione, ma al contempo rischiano di attribuire un margine eccessivamente ampio di discrezionalità all'amministrazione finanziaria e al giudice, riaprendo lo spazio a impostazioni sostanzialistiche ed economicistiche già oggetto di critica nella fase antecedente.

Per evitare questa deriva e garantire la compatibilità costituzionale della clausola con l'art. 23 Cost., essa deve essere letta non come una delega aperta all'interprete, bensì come *standard* probatorio. Ciò significa che la norma, pur operando mediante concetti giuridici indeterminati, non attribuisce discrezionalità all'interprete, ma vincola l'azione accertativa a criteri epistemici oggettivi [23], consentendo di qualificare la condotta elusiva solo quando specifici indizi giuridicamente rilevanti risultino provati secondo un percorso argomentativo logicamente controllabile [24].

In tale prospettiva, è essenziale precisare che la nozione di "sostanza economica" non può essere trasformata in uno strumento di valutazione discrezionale dell'efficienza economica dell'operazione, o in un criterio per perseguire una pretesa "giusta" tassazione fondata su considerazioni moralistiche; né può tradursi nella riproposizione surrettizia del principio

---

[23] J. Silva, *Standards de prova no direito tributário*, São Paulo, 2022, pp. 66-68.

[24] M. Righi, *Per una teoria dell'illecito tributario: l'elusione come limitazione al diritto del contribuente al risparmio fiscale*, tesi di dottorato in Diritto pubblico, Università di Roma "Tor Vergata", Roma, 2024, p. 222.

© Wolters Kluwer Italia

di capacità contributiva dell'art. 53 Cost. quale parametro diretto di repressione delle condotte elusive. Una lettura del genere riporterebbe alle discussioni già superate con la propria introduzione dell'art. 10-*bis*, quando l'abuso del diritto era individuato mediante parametri vaghi ed extratestuali, con conseguente rischio di compressione della libertà di iniziativa economica e della libertà di scelta tra regimi leciti [25].

La nozione di sostanza economica deve operare come indice probatorio oggettivo dell'eventuale uso distorto di una specifica disposizione tributaria: essa richiede di verificare se l'operazione sia idonea a produrre effetti giuridico-patrimoniali significativi ulteriori rispetto al vantaggio fiscale e se risulti coerente, nel suo complesso, con la *ratio legis* della disciplina coinvolta. Solo in presenza di incoerenze strutturali, sequenze negoziali artificiali o effetti patrimoniali sproporzionati si genera una presunzione relativa di abuso, superabile dal contribuente mediante la prova di ragioni extrafiscali non marginali.

Tale impostazione preserva il principio della libertà del cittadino e l'affidamento del contribuente, impedendo che l'art. 10-*bis* si trasformi in uno strumento creativo di politica fiscale o in un correttivo generalizzato della capacità contributiva. La clausola svolge così la funzione che le è propria: non sostituire la legge, ma assicurarne l'osservanza secondo la sua funzione, consolidando un modello di contrasto all'elusione che, pur fermo nell'impedire usi distorti delle norme, rimane coerente con i principi di legalità, tipicità dell'imposizione e prevedibilità dell'azione amministrativa.

4. Conclusioni

L'analisi svolta mostra come la clausola generale antiabuso non costituisca una deroga alla legalità tributaria, bensì la sua naturale evoluzione. La codificazione dell'art. 10-*bis* ha ricondotto la disciplina dell'elusione entro un quadro di certezza normativa, limitando derive giurisprudenziali e riaffermando la centralità della legge.

La tenuta costituzionale della clausola dipende, tuttavia, da un'interpretazione che la consideri *standard* probatorio fondato su criteri oggettivi e verificabili. Solo in questa prospettiva essa può garantire un equilibrio tra il contrasto all'elusione e la tutela della libertà del contribuente, operando come meccanismo di chiusura del sistema e preservando lo Stato di diritto tributario.

---

[25] *Id.,* p. 200.

© Wolters Kluwer Italia

L'EVOLUZIONE DELLE LINEE DI BASE NEL DIRITTO DEL MARE: IL RUOLO DELLA PRASSI *

RICCARDO DI MARCO

SOMMARIO: 1. La configurazione tradizionale dell'istituto e la prassi emergente degli Stati. – 2. La prassi emergente quale elemento costitutivo di una nuova consuetudine internazionale. – 3. La prassi successiva quale mezzo di interpretazione della UNCLOS. – 4. Il parere della CIG sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico.

Abstract: This paper examines the legal significance of emerging State practice that is reshaping the traditional doctrine of baselines in the law of the sea. Historically, baselines were considered ambulatory, subject to adjustment as coastlines changed in accordance with the principle that "*the land dominates the sea*". In response to sea-level rise, however, a novel practice has developed in favor of permanently fixing baselines and maritime limits. Two possible functions are explored: first, whether it provides evidence of an emerging customary rule; second, whether it constitutes subsequent practice for interpreting UNCLOS. The analysis suggests that the interpretive function is more persuasive. This conclusion finds authoritative support in the recent ICJ Advisory Opinion on State obligations concerning climate change.

1. La configurazione tradizionale dell'istituto e la prassi emergente degli Stati

La Convenzione di Montego Bay del 1982 ("UNCLOS"), elaborata in un'epoca di relativa stabilità degli oceani, pur codificando la disciplina delle linee di base non ha affrontato esplicitamente la proble-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

matica dell'innalzamento del livello del mare [1]. Così, in ossequio al principio della corrispondenza tra la configurazione fisica della costa e la delimitazione giuridica delle zone marittime, si è a lungo ritenuto che, in caso di variazione del livello del mare, le linee di base sarebbero state considerate "ambulanti" [2]. La configurazione classica di tale istituto si fonda sul principio secondo cui "*the land dominates the sea through the projection of the coasts or the coastal fronts*" [3], da cui derivava che ogni qual volta la terra fosse scomparsa, gli spazi marittimi corrispondenti avrebbero dovuto essere sottratti alla giurisdizione dello Stato costiero e ritornare allo *status* di *res communes omnium* [4].

Di fronte al progressivo innalzamento del livello del mare, che costituisce una conseguenza diretta dei cambiamenti climatici nonché una minaccia esistenziale per molti Stati insulari, in particolare quelli del Pacifico, si è tuttavia assistito ad una progressiva evoluzione della prassi statale. È rilevabile, infatti, una crescente tendenza a riconsiderare l'approccio tradizionale per tutelare le situazioni giuridiche soggettive degli Stati costieri e per garantire la stabilità e la

---

[1] Già nel 1990, gli studi pionieristici di Caron e Soons evidenziavano l'inadeguatezza delle disposizioni della Convenzione a fronteggiare le sfide di deterritorializzazione poste dall'innalzamento del livello del mare. D.D. CARON, *When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level*, in *Eco. Law Quart.*, 4/1990, pp. 621-653 e A.H.A. SOONS, *The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries*, in *Neth. Intern. Law Rev.*, 2/1990, nello specifico pp. 216-218, e la versione aggiornata A.H.A. SOONS, *The Effects of Sea Level Rise on Baselines and Outer Limits of Maritime Zones*, in T. HEIDAR (eds.), *New Knowledge and Changing Circumstances in the Law of the Sea*, Leiden-Boston, 2020, pp. 358-381.

[2] Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, III ed., Cambridge, 2019, p. 55. Sull'interpretazione della UNCLOS nel senso del carattere mobile delle linee di base, A. CALIGIURI, *L'impact de l'évation du niveau de la mer sur les frontières maritimes et les limites extérieures des espaces maritimes*, in M.P. LANFRANCHI (a cura di), *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer: bilan et perspectives*, Aix-en-Provence, 2024, pp. 232-236.

[3] ICJ, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine)* (Judgment) [2009] ICJ Rep 61, par. 77. Principio sviluppato dal più risalente e più noto "*land dominates the sea*". In effetti, "*the land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward*". ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark)* (Judgment) [1969] ICJ Rep 3, par. 96.

[4] Anche l'*International Law Association* ("ILA"), nel suo Rapporto di Sofia del 2012, nonostante abbia riconosciuto l'ingiustizia di tale approccio per i piccoli Stati insulari e suggerendo lavori di consolidamento costiero come unica soluzione, sebbene costosi e problematici, ha concluso a favore della "ambulatorietà" delle linee di base. ILA, *Sofia Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea*, 2012, pp. 30-33.

© Wolters Kluwer Italia

certezza del diritto [5]. Simile evoluzione ha trovato espressione in una emergente prassi degli Stati orientata alla fissazione permanente delle linee di base o dei limiti marittimi esterni [6]. In particolare, le dichiarazioni del *Forum* delle Isole del Pacifico ("FIP") sulla preservazione degli spazi marittimi e dell'Alleanza dei piccoli Stati insulari ("AOSIS"), sostengono che la UNCLOS non imponga alcun obbligo di mantenere le linee di base e i limiti esterni delle zone marittime sotto revisione o di aggiornare le carte una volta depositate, e che le zone marittime e i diritti ad esse connessi continueranno ad applicarsi immodificati, nonostante i cambiamenti fisici legati all'innalzamento del livello del mare [7].

L'analisi della prassi quale si è sviluppata o potrà eventualmente svilupparsi, nell'ambito che qui ci occupa, può assolvere a due funzioni, entrambe orientate verso l'esigenza di determinare il diritto applicabile agli spazi marini in caso di innalzamento del livello del mare [8]. La prima concerne l'identificazione di una nuova norma consuetudinaria che andrebbe a completare o a modificare il diritto esistente, e in particolare la UNCLOS. La seconda, che forse potrebbe raccogliere un maggiore consenso tra gli Stati, consiste nel considerarla quale mezzo di interpretazione della Convenzione stessa.

---

[5] L'ILA, nella sua risoluzione di Sydney del 2018, ha accolto la proposta del Comitato che si occupava della questione circa la permanenza delle linee di base e dei limiti esterni degli spazi marittimi "*on the grounds of legal certainty and stability*". ILA, *Sydney Conference Resolution 5/2018 of the Committee on International Law and Sea-Level Rise*, 2018. Sull'interpretazione della UNCLOS nel senso della stabilità delle line di base, A. Caligiuri, *L'impact*, cit., pp. 236 ss.

[6] A. Miron, *Les conséquences de l'élévation du niveau de la mer sur le tracé des lignes de base*, in V. Boré Eveno, *Elévation du niveau de la mer et droit international. De l'adaptation à l'action*, Paris, 2022, pp. 110-112.

[7] PIF, *Declaration on Preserving Maritime Zones in the Face of Climate Change-Related Sea-Level Rise*, 2021, par. 5, e AOSIS, *Alliance of Small Island States Leaders' Declaration*, 2021 e ribadita in AOSIS, *Declaration on Sea-Level Rise and Statehood*, 2024, entrambe disponibili su *https://www.aosis.org*.

[8] Per un'analisi delle conclusioni raggiunte dall'ILA, dei documenti presentati dalla CDI, nonché delle reazioni degli Stati a tali documenti, G. Nesi, *Innalzamento del livello dei mari e diritto internazionale: le questioni riguardanti le linee di base e i limiti delle zone di mare nella prassi più recente*, in F. Marrella - U. Vattani (a cura di), *Mare liberum, mare clausum: Quarant'anni dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare*, Milano, 2024, pp. 97-112.

© Wolters Kluwer Italia

2. La prassi emergente quale elemento costitutivo di una nuova consuetudine internazionale

In dottrina è stata evocata la possibilità che emergesse una norma consuetudinaria, in grado di colmare le lacune del diritto esistente in materia [9]. È, del resto, in questo spirito che il Comitato dell'*International Law Association* ("ILA") incaricato della questione dell'innalzamento del livello del mare in relazione al diritto internazionale sembra aver formulato le proprie proposte, esplicitamente concepite *de lege ferenda* [10]. Sottolineando che l'emersione di una nuova regola consuetudinaria "*will require a pattern of State practice, as well as* opinio juris", il Comitato ha però constatato che l'azione degli Stati insulari del Pacifico, promotori di una *diuturnitas* regionale, non è accompagnata dall'elemento psicologico. Questo, tuttavia, potrebbe emergere grazie alle raccomandazioni stesse del Comitato, se discusse e approvate dagli organi politici delle Nazioni Unite [11]. Le dichiarazioni dell'ILA, dunque, paiono collocarsi più in una prospettiva di sviluppo progressivo del diritto internazionale che in quella dell'accertamento del diritto esistente.

Come noto, la presenza dei due elementi è solitamente ritenuta indispensabile per l'identificazione di una regola generale, applicabile a tutti i soggetti di diritto alle medesime condizioni [12]. In aggiunta, è possibile individuare consuetudini regionali o locali, applicabili dunque in

---

[9] M. STARITA, *The impact of sea-level rise on baselines: A question of interpretation of the UNCLOS or evolution of customary law?*, in *Quest. Intern. Law*, 91/2022, pp. 5-21, secondo cui le linee di basse fisse sarebbero da ricondurre ad una norma consuetudinaria *in statu nascendi* e non sarebbero frutto dell'interpretazione delle relative norme della UNCLOS.

[10] Per il Comitato, "*States should accept that, once the baselines and the outer limits of the maritime zones of a coastal or an archipelagic State have been properly determined in accordance with the detailed requirements of the 1982 Law of the Sea Convention, that also reflect customary international law, these baselines and limits should not be required to be readjusted should sea level change affect the geographical reality of the coastline*" e che "*the impacts of sea level rise on maritime boundaries [...] should not be regarded as a fundamental change of circumstances*". ILA, *Report on International Law and Sea-Level Rise*, 2018, Sydney, pp. 19 e 25.

[11] ILA, *Ibid.*, p 18. Si pensi a quando la CIG si riferisce ad una "*very widespread and representative participation*" comprendente gli "*States whose interests were specially affected*". ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark)* (Judgment) [1969] ICJ Rep 42, par. 73.

[12] ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark)* (Judgment) [1969] ICJ Rep 44, par. 77. Tuttavia, e non ci sembra questo il caso, talvolta la combinazione dei due elementi può essere multiforme. G. ARANGIO-RUIZ, *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988, par. 6.

© Wolters Kluwer Italia

uno spazio geograficamente più circoscritto, come ad esempio il Pacifico [13]. Tuttavia, ciò potrebbe sollevare ulteriori difficoltà nell'ambito che qui interessa dal momento che un regime giuridico differenziato degli spazi marini potrebbe generare conseguenze giuridiche anche per Stati terzi, a meno di limitarne gli effetti ai soli Stati della regione. Una tale evoluzione determinerebbe però una dualità di regimi giuridici di difficile praticabilità e incompatibile con il carattere oggettivo delle frontiere.

Ad ogni buon conto, il lavoro di analisi di questa materia, condotto in seno alla Commissione di diritto internazionale ("CDI"), dipende fortemente dalla disponibilità delle prove della prassi statale e della sua accettazione come diritto. Non essendo possibile, nell'ambito del presente studio, procedere a un esame sistematico dei dati disponibili, vale la pena menzionare il *First issue paper* di Aurescu e Oral, copresidenti del Gruppo di studio della CDI sull'innalzamento del livello del mare [14]. Simile documento ha impostato delle direttrici al fine di orientare il lavoro futuro della Commissione alla luce dei criteri, enunciati nel 2018, dalla Commissione stessa, relativi all'identificazione del diritto consuetudinario.

Da un lato, si è riconosciuto che, *prima facie*, "*at least for the Pacific and South-East Asia regions*", esiste effettivamente una prassi degli Stati favorevole al mantenimento delle linee di base e dei limiti esterni delle zone marittime da esse derivati [15]. Dall'altro, si è però ritenuto che l'esistenza dell'*opinio juris* non fosse, alla luce di tali elementi, "*yet that evident*". È stato così giudicato "*early to draw, at this stage, a definitive conclusion on the emergence of a particular or regional customary rule (or even of a general customary rule) of international law regarding the preservation of baselines and of outer limits of maritime zones measured from the baselines*" [16]. Del resto, più avanti, si giunge alla medesima conclusione anche a proposito del mantenimento delle frontiere marittime delimitate tra Stati [17].

---

[13] Per le consuetudini regionali, ICJ, *Asylum case (Colombia v. Peru)* (Judgment) [1950] ICJ Rep 276-277; per quelle locali, ICJ, *Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, (Judgment) [1960] ICJ Rep 39-43.

[14] ILC, First issue paper, *Sea-level rise in relation to international law*, 2020, A/CN.4/740.

[15] Prassi, sostenuta anche dalla prassi di organizzazioni internazionali, che assume forme diverse e che è considerata diffusa, rappresentativa, costante e frequente. ILC, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with commentaries*, 2018, A/73/10, Conclusions 6 e 8.

[16] ILC, First issue paper, cit. pp. 42-43, par. 104, lett. i.

[17] *Id.*, pp. 54-55, par. 141, lett. g.

© Wolters Kluwer Italia

Benché la maggior parte delle dichiarazioni degli Stati converga sulla necessità di preservare la stabilità e la certezza del diritto internazionale, sia per rispettare gli equilibri sanciti dalla UNCLOS [18], sia per garantire che le zone marittime e i diritti da esse derivanti siano determinati con chiarezza [19], la discrepanza tra le opinioni, emersa nei dibattiti alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, rende particolarmente difficile individuare una regola consuetudinaria consolidata. Invero, mentre alcuni Stati hanno incoraggiato la Commissione a considerare "*the substantial practice of the States in the Pacific region and elsewhere*" [20] e a promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale in questo settore [21], altri hanno ritenuto che la materia "*was not ripe for codification, as State practice and generally accepted rules were lacking*" [22], suggerendo di affrontare la questione "*within the framework of the United Nations Convention on the Law of the Sea*" [23].

Alla luce delle difficoltà evidenziate, vale la pena domandarsi se il ruolo della prassi, nel contesto dell'innalzamento del livello del mare, non possa essere considerato uno strumento interpretativo del diritto esistente, rappresentato in primo luogo dalla UNCLOS, piuttosto che come elemento costitutivo di una nuova norma consuetudinaria.

3. La prassi successiva quale mezzo di interpretazione della UNCLOS

Nel suo piano di studio del 2018, la Commissione precisava che il

---

[18] V., ad esempio, le dichiarazioni dell'Australia (A/C.6/73/SR.23, par. 76), della Cina (A/C.6/73/SR.20, par. 68), di Israele (A/C.6/74/SR.24, par. 27), della Romania (A/C.6/74/SR.28, parr. 14 e 15) e della Polonia (A/C.6/74/SR.29, par. 23).

[19] Ad esempio, la dichiarazione della Nuova Zelanda (A/C.6/73/SR.22, parr. 4 e 5), degli Stati Uniti (A/C.6/74/SR.30, par. 127) e della Thailandia (A/C.6/74/SR.29, parr. 99 e 100). V., inoltre, il rapporto finale della CDI, ILC, *Final report of the Study Group on sea-level rise in relation to international law* (A/80/10, annex I) 2025, par. 32.

[20] Dichiarazione dell'Australia, A/C.6/73/SR.23, par. 76.

[21] Si pensi alle dichiarazioni della Giamaica (A/C.6/74/SR.27, parr. 2 e 3), della Repubblica di Corea (A/C.6/74/SR.30, par. 67), del Belize (A/C.6/74/SR.30, parr. 68-71), nonché di Figi (A/C.6/73/SR.23, par. 62). Ciò che solleva dubbi circa il fatto che tale prassi sia già oggi accompagnata dal convincimento dell'esistenza di un obbligo giuridico.

[22] Dichiarazione della Grecia, A/C.6/74/SR.28, par. 56.

[23] Dichiarazione della Slovacchia, A/C.6/73/SR.21, par. 28. Circostanza che mina l'elemento oggettivo della consuetudine.

© Wolters Kluwer Italia

lavoro su *Sea-level rise in relation to international law* non avrebbe proposto "*modifications to existing international law, such as the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*" [24]. In effetti, nel rapporto finale del 2025 ha suggerito la soluzione del "congelamento" delle line di base, raggiunta attraverso l'interpretazione della UNCLOS [25]. L'approccio interpretativo della Convenzione è stato prospettato anche dalle raccomandazioni del Comitato impegnato a lavorare su *International Law and Sea Level Rise* del 2018 [26], poi fatte proprie dall'ILA con la risoluzione n. 5/2018 [27]. Lo stesso è stato ribadito nella risoluzione n. 1/2024 [28].

Ad oggi, ciò che continua a suscitare dibattito è il criterio ermeneutico da adottare ai fini della determinazione del significato e della portata delle disposizioni pertinenti della UNCLOS. Dal momento che gli argomenti interpretativi testuale e teleologico paiono condurre a interpretazioni opposte della Convenzione circa l'ambulatorietà o meno

---

[24] ILC Report, *Report on the work of the seventieth session*, 2018, A/73/10, annex B, par. 14. Nel corso dei dibattiti alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, gli Stati hanno sottolineato la necessità di rispettare le disposizioni della UNCLOS nell'ambito dei lavori della CDI. V., ad esempio, le dichiarazioni della Cina (A/C.6/73/SR.20, par. 68), di Cipro (A/C.6/73/SR.23, par. 50), dell'Indonesia (A/C.6/73/SR.24, par. 64) e di Israele (A/C.6/73/SR.23, par. 32). Pur ammettendo, secondo alcuni, la necessità di colmare eventuali lacune. Cfr. le dichiarazioni di Figi (A/C.6/73/SR.23, par. 62), della Repubblica di Corea (A/C.6/73/SR.23, par. 71), della Romania (A/C.6/73/SR.22, parr. 8 e 9), della Slovenia (A/C.6/73/SR.21, par. 51) e del Sudafrica (A/C.6/73/SR.23, par. 15).

[25] "*The preservation of legal stability, certainty and predictability is directly linked to an interpretation of the Convention that allows for the preservation of baselines and maritime zones notwithstanding changes to the coastline as a result of sea-level rise*". ILC, *Final consolidated report of the Study Group on sea-level rise in relation to international law*, 2025, A/CN.4/783, p. 105, par. 22.

[26] Per il Comitato, "*the interpretation of the 1982 Law of the Sea Convention which it proposed in relation to the ability of coastal States to maintain their existing lawful maritime entitlements should apply equally to maritime areas delimited by international agreement or by decisions of international courts or arbitral tribunals*" e che le raccomandazioni del Comitato relative al mantenimento dei diritti esistenti sugli spazi marini si fondano "*on the premise that the coastal State's existing maritime claims were in compliance with the requirements of the LOSC and have been duly published or notified to the UN Secretary-General as required by the relevant provisions of the LOSC*". Il tutto al fine di garantire "*legal certainty as well as to facilitate orderly relations between States and contribute to the avoidance of conflicts*". ILA, *Report on International Law and Sea-Level Rise*, cit., pp. 25 e 15.

[27] ILA, Resolution 5/2018, *Report of the Seventy-eighth Conference*, Sydney, 19-24 August 2018.

[28] ILA, Resolution 1/2024, *Report of the Eighty-first Conference*, Athens, 25-28 June 2024.

© Wolters Kluwer Italia

delle linee di base [29], qui si propone il criterio fondato sulla prassi degli Stati ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. a) e b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati [30].

Nel Progetto di conclusioni sugli accordi e sulla prassi successiva nel contesto dell'interpretazione dei trattati adottato nel 2018, la CDI ha riconosciuto che questa prassi successiva "*may take a variety of forms*" [31]. Queste possono comprendere qualsiasi comportamento nell'applicazione di un trattato che consenta di stabilire un accordo circa la sua interpretazione, inclusi atti ufficiali, dichiarazioni a livello internazionale, norme domestiche, nonché l'inerzia degli Stati [32]. La prassi successiva può, inoltre, riflettere un mero "*common understanding*" [33], che non si può ricondurre a un accordo necessariamente vincolante e che può altresì fondarsi sul silenzio degli Stati, assimilato a una forma di accettazione quando le circostanze richiedono

---

[29] Un'interpretazione letterale dell'art. 5 della UNCLOS ha portato una parte influente della dottrina a ritenere che la linea di base debba in linea di principio coincidere con la battigia a bassa marea e che, se quest'ultima arretra verso l'interno a causa dell'innalzamento del livello del mare, lo Stato interessato debba conseguentemente modificare il tracciato di tale linea sulle proprie carte nautiche. D.D. CARON, *Op. cit.*, p. 641; A.H.A. SOONS, *The effects of a rising sea level,* cit., p. 216; E. BIRD - V. PRESCOTT, *Rising Global Sea Levels and National Maritime Claims*, in *Mar. Pol. Rep.*, 1/1989, p. 180; D. FREESTONE, *International Law and Sea Level Rise*, in R.R. CHURCHILL - D. FREESTONE (eds.), *International Law and Global Climate Change*, London-Dordrecht, 1991, pp. 110-112. Secondo altra dottrina, non essendo espressamente previsto dalla UNCLOS alcun obbligo di aggiornamento delle carte di cui all'art. 5, lo Stato costiero avrebbe pertanto la facoltà discrezionale di conservare una carta preesistente al fine di "congelare" in qualche modo le proprie linee di base e, quindi, l'estensione dei propri spazi marittimi piuttosto che procedere alla sua revisione per tenere conto dell'innalzamento del livello del mare. Simile interpretazione, fondata sul *telos* delle carte nautiche di garantire la sicurezza della navigazione, è stata sostenuta da C. SCHOFIELD - D. FREESTONE, *Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise*, in M.B. GERRARD - G.E. WANNIER (eds.), *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, 2013, pp. 141 ss. Per avvalorare tale tesi, l'argomento teleologico è stato anche accompagnato a quello sistemico. D. VIDAS - D. FREESTONE, *The Impacts of Sea Level Rise and the Law of the Sea Convention: Facilitating Legal Certainty and Stability of Maritime Zones and Boundaries*, in *Intern. Law St.*, 99/2022, p. 962.

[30] Secondo cui "*there shall be taken into account, together with the context: a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation*".

[31] ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, 2018, A/73/10, Conclusion 6, par. 2.

[32] Ad esempio quando non modifica le proprie linee di base nonostante l'evoluzione della linea costiera.

[33] *Id*., Conclusion 10, par. 1.

© Wolters Kluwer Italia

una reazione [34]. Rientra nella prassi successiva anche quella che si realizza nel quadro di un'organizzazione internazionale o che può essere espressa da questa [35] oppure risultare da posizioni espresse da un organo di esperti [36].

Qualificando la prassi successiva come strumento di interpretazione "autentica", la CDI ne ha così sottolineato l'autorità nel determinare il significato di un trattato [37]. Così, interagendo con altri mezzi interpretativi, tale prassi può portare a "*narrowing, widening, or otherwise determining the range of possible interpretations, including any scope for the exercise of discretion which the treaty accords to the parties*" [38].

Infine, pur senza avere potere di modificare un trattato [39], la CDI ha riconosciuto che la prassi successiva può comunque contribuire all'interpretazione evolutiva delle sue disposizioni [40]. Pertanto, anche se la prassi successiva non è necessariamente determinante di per sé, può risultare particolarmente utile quando, come nel caso in esame, sorgono dubbi circa l'interpretazione delle norme.

4. Il parere della CIG sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico

Con il parere consultivo del 23 luglio 2025 sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico, la Corte dell'Aia si è pronunciata sia avallando l'approccio del "congelamento" delle linee di base, sia sottolineando l'importanza della prassi successiva quale mezzo di interpretazione della UNCLOS al fine di gettare luce sulla questione [41].

---

[34] *Id*., Conclusion 10, par. 2.

[35] Come nel caso delle dichiarazioni del *Forum* delle Isole del Pacifico. *Id*., Conclusion 12, par. 2.

[36] Come la Commissione dei limiti della piattaforma continentale, *Id*., Conclusion 12, par. 3.

[37] *Id*., Conclusion 5, with commentaries.

[38] *Id*., Conclusion 7, par. 1.

[39] *Id*., Conclusion 7, par. 3.

[40] *Id*., Conclusion 8. Ciò significa che, anche se in un determinato momento la UNCLOS possa essere stata interpretata da taluni come imponente lo spostamento delle linee di base e dei limiti marittimi in funzione delle variazioni del livello del mare, nulla vieta che tale interpretazione evolva, in particolare alla luce della prassi successiva degli Stati.

[41] ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change* (Advisory Opinion) [2025] ICJ Rep 105, par. 355-365. La Corte permanente di arbitrato si era già pronunciata in tal senso. PCA, *The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between the*

© Wolters Kluwer Italia

In un primo momento, la CIG ha rilevato che molti degli Stati partecipanti al procedimento consultivo hanno espresso serie preoccupazioni riguardo all'innalzamento del livello del mare e alle sue implicazioni per la stabilità delle zone marittime [42]. Dopodiché, la Corte ha osservato che, una volta che l'ampiezza delle zone marittime misurate dalle linee di base è stata debitamente stabilita e lo Stato ha dato la dovuta pubblicità alle carte o agli elenchi di coordinate geografiche in conformità con gli art. 16, 75 e 84 della UNCLOS, non esiste alcuna disposizione nella Convenzione che richieda agli Stati parte di aggiornarle. Allo stesso modo, continua la CIG, la UNCLOS non contiene disposizioni che richiedano agli Stati parte di aggiornare le linee di base normali, diritte o arcipelagiche una volta che siano state segnate, pubblicate e depositate [43].

A sostegno di simile interpretazione la Corte nota che, al di fuori del procedimento su cui si stava pronunciando, molti Stati hanno espresso il convincimento che non esista alcun obbligo di aggiornare le carte o gli elenchi di coordinate geografiche che mostrano le linee di base delle loro zone marittime una volta che siano state debitamente stabilite in conformità con la UNCLOS [44]. Così, nel considerare simile prassi "*relevant for the purposes of the interpretation of UNCLOS*" [45],

---

People's Republic of Bangladesh and the Republic of India, Award of 7 July 2014, p. 63, par. 216-217.

[42] Secondo tale impostazione, le linee di base, i titoli marittimi, le delimitazioni vigenti nonché lo *status* di Stato dovrebbero rimanere intatti a fronte degli effetti fisici derivanti dall'innalzamento del livello del mare, incluso il fenomeno del ritiro costiero. È stato altresì sostenuto che l'eventuale sommersione integrale del territorio non possa comportare l'estinzione dei titoli marittimi già acquisiti. ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change*, cit., par. 355. Ciò che riflette chiaramente la posizione a favore del "congelamento" delle linee di base.

[43] *Ibid.*, par. 359.

[44] La CIG cita specificamente la Dichiarazione del FIP del 2021 e il supporto da parte degli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico. *Id.*, par. 360. Sul punto la CIG ricorda anche che il rapporto finale del Gruppo di Studio della CDI sull'innalzamento del livello del mare del 2025 "*shows a convergence of views among States across all regions in support of the absence of an obligation of States parties to UNCLOS to update charts or lists of geographical co-ordinates relating to their maritime zones once they have been duly established*". *Id.*, par. 361.

[45] *Id.*, par. 360. Tale passaggio riveste carattere dirimente, in quanto la CIG riconosce espressamente la funzione della prassi successiva degli Stati quale mezzo di interpretazione della UNCLOS. Per Crema, il riferimento alla prassi per interpretare una norma "*dà legittimità all'operato di chi giudica, rende più obiettivo il suo operato*". L. CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano, 2017, p. 333. Nel costruire un significato o nello sceglierne uno, in effetti, il riferimento alla prassi sposta tali operazioni dall'ambito di chi giudica alla sfera di una

© Wolters Kluwer Italia

la Corte conclude il proprio ragionamento stabilendo che le delimitazioni fatte in conformità con la UNCLOS restano efficaci e non devono essere modificate per via dell'innalzamento del livello del mare [46].

L'interpretazione del diritto del mare contemporaneo alla luce della prassi degli Stati favorevole al mantenimento dei propri diritti marittimi non è probabilmente idonea a risolvere in maniera esaustiva tutte le problematiche connesse al fenomeno climatico, in particolare nell'ipotesi di sommersione totale del territorio [47]. Essa può, tuttavia, rappresentare una soluzione che, almeno in via transitoria, eviterebbe che gli Stati maggiormente vulnerabili risultino penalizzati da tale calamità naturale e, al contempo, offrirebbe garanzie agli Stati interessati a preservare l'equilibrio dei diritti e delle responsabilità sanciti dalla UNCLOS e, con essi, la sua integrità.

struttura giuridica già presente. A. Bianchi, *Law, Time, and Change: The Self-Regulatory Function of Subsequent Practice*, in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 137 ss.

[46] "*States parties to UNCLOS are under no obligation to update such charts or lists of geographical co-ordinates*". Questo, in quanto "*the provisions of UNCLOS do not require States parties, in the context of physical changes resulting from climate-change related sea level rise, to update their charts or lists of geographical co-ordinates that show the baselines and outer limit lines of their maritime zones once they have been duly established in conformity with the Convention*". ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change*, cit., par. 362.

[47] Un'interessante proposta volta a garantire la continuità della soggettività statale e la permanenza dei diritti sugli spazi marini in caso della completa scomparsa del territorio di uno Stato esistente proviene da Caligiuri. A suo avviso, il congelamento delle linee di base e dei limiti esterni delle zone marittime, condurrebbe "*to the transformation of the concept of statehood so that it is no longer linked to land territory, but to the maritime element*". Ciò implicherebbe un passaggio dal concetto di "Stato territoriale" a quello di "Stato marittimo". A. Caligiuri, *Sinking States: The statehood dilemma in the face of sea-level rise*, in *Quest. Intern. Law*, 91/2022, p. 37.

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Quarta

PERCORSI EVOLUTIVI E DI TRASFORMAZIONE NELLA DINAMICA NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

IL *CHILLING EFFECT* TRA GARANZIE INDIVIDUALI E TUTELA SISTEMICA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE *

MARIA CRISTINA CARBONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *chilling effect* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Dalla Corte EDU alla Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. Il *chilling effect* e la gestione privata dell'informazione nell'ambiente digitale.

Abstract: The paper examines the doctrine of the *chilling effect* and its evolution from U.S. constitutional jurisprudence to the case-law of the European Court of Human Rights, suggesting its possible extension to the private governance of digital information. Considering the new European regulatory framework (Digital Services Act and Digital Markets Act), it highlights how digital platforms exercise a *de facto* influence over freedom of expression, producing systemic forms of self-censorship. The *chilling effect* emerges as a potential analytical parameter for assessing the constitutional compatibility of indirect restrictions and for reflecting on the need to strengthen accountability and judicial oversight over private informational powers.

1. Premessa

La libertà di manifestazione del pensiero occupa una posizione centrale nel sistema dei diritti costituzionali [1]. Non si esaurisce, infatti,

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

[1] Di recente v. le riflessioni di V. BALDINI, *Plurime valenze della libertà di manifestazione del pensiero e suoi limiti: una questione sempre attuale*, in *Cons. onl.*, 2/2025, p. 1231. *Ex multis*, senza pretesa di esaustività: C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; G. AMATO, *Libertà*

© Wolters Kluwer Italia

nella sola garanzia individuale riconosciuta dall'art. 21 Cost., ma svolge una funzione strutturale, in quanto presupposto necessario per il funzionamento del circuito democratico e per l'effettività delle altre libertà fondamentali ad essa connesse, quali la libertà di associazione, di riunione e di propaganda religiosa.

In questa prospettiva, la libertà di espressione, lungi dal ridursi al diritto soggettivo di esternare opinioni, costituisce una condizione funzionale alla formazione dell'opinione pubblica e al corretto svolgimento del processo deliberativo. La possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero consente, infatti, l'emersione di un confronto pluralistico, aperto al dissenso e alla critica e, quindi, essenziale alla vitalità del sistema democratico.

Ne consegue che la qualità della partecipazione collettiva dipende, in larga misura, dall'effettiva esistenza di un ambiente comunicativo dinamico e non distorto. Laddove tale condizione venga meno, anche la libertà formalmente riconosciuta rischia di ridursi a una garanzia solo nominale, priva di reale efficacia.

Su questo sfondo si colloca la riflessione sul *chilling effect*, concetto che individua le forme di compressione indiretta della libertà di espressione, derivanti non da interventi autoritativi espliciti, ma da fattori – giuridici, economici o sociali – idonei a dissuaderne o scoraggiarne il concreto esercizio.

2. Il *chilling effect* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il termine *chilling effect*, letteralmente "effetto raggelante" o "inibitorio", designa il fenomeno per cui una norma, una prassi o anche un contesto di potere inducono i soggetti a rinunciare, per timore di conseguenze sanzionatorie, economiche o reputazionali, all'esercizio di un diritto formalmente riconosciuto [2]. Il concetto nasce nel diritto costituzionale statunitense, dove la Corte Suprema, a partire dal caso *Wieman v. Updegraff* [3], lo ha impiegato per descrivere l'effetto dissuasivo prodotto da leggi con formulazioni eccessivamente vaghe e conseguenze punitive sproporzionate, capaci di scoraggiare l'esercizio delle libertà

(dir. cost.), in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte speciale*, II ed., Padova, 1992.

[2] L. KENDRICK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2013, p.1633.

[3] *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952).

© Wolters Kluwer Italia

garantite dal Primo Emendamento. Già nel 1969, la *Columbia Law Review* definiva il *chilling effect* come il rischio che "*la paura di conseguenze legali o sociali impedisca a individui e gruppi di esercitare pienamente i propri diritti costituzionali*" [4].

Tale ricostruzione dottrinale non si limita a denunciare un semplice timore soggettivo, ma mira, piuttosto, a individuare una disfunzione strutturale del sistema consistente nella creazione di un ambiente normativo o sociale in cui la libertà, pur formalmente intatta, viene svuotata nella sua effettività [5].

Da qui la distinzione tra *benign chilling effect*, fisiologico e compatibile con l'assetto ordinamentale (ad esempio, la deterrenza derivante da una norma penale legittima) e *invidious chilling effect*, che invece colpisce condotte costituzionalmente protette, traducendosi in un meccanismo di autocensura incompatibile con l'ordine democratico [6].

Trasposto nel contesto europeo, il concetto è stato assunto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quale parametro per valutare la compatibilità delle restrizioni alla libertà di espressione con l'art. 10 CEDU [7]. Già in *Handyside c. Regno Unito* (1972) la Corte affermò che la libertà di espressione protegge non soltanto le opinioni accolte favorevolmente o considerate innocue, ma anche quelle che "*offendono, disturbano o scioccano*". La giurisprudenza successiva ha compiuto un passaggio ulteriore, riconoscendo che la libertà di manifestazione del pensiero possa essere compromessa non solo da censure dirette, ma anche da restrizioni indirette o da effetti di dissuasione sistemica.

Nel caso *Lingens c. Austria* (1986) [8], pur senza menzionare espressamente il *chilling effect*, la Corte ha osservato che la combinazione di norme penali vaghe e sanzioni severe per la diffamazione dei politici, può produrre un anomalo effetto di dissuasione della critica, riducendo il pluralismo. La libertà di stampa – si argomenta – costituisce uno dei migliori mezzi per conoscere e valutare le idee e gli orientamenti dei

---

[4] Note, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, in *Columbia Law Rev.*, 1969, p. 808.

[5] J. Townend, *Freedom of Expression and the Chilling Effect*, in H. Tumber - S. Waisbord (eds.), *Routledge companion to media and human rights,* London, 2017, p. 73.

[6] F. Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, in *Boston Univ. Law Rev.*, 1978, p. 685, spec. p. 690.

[7] Sull'uso del concetto di *chilling effect* da parte della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia v. L. Pech, *The concept of chilling effect. Its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU*, in *Eur. Pol. Inst.*, 2021, p. 1.

[8] *Barfod v. Denmark* (1989) e *Oberschlick v. Austria* (1991).

© Wolters Kluwer Italia

dirigenti politici ed è per questo che i limiti alla critica esercitabile nei confronti di questi ultimi devono essere più ampi di quelli relativi a un qualsiasi privato cittadino.

Ancora, *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda* (1992), evidenzia che una condanna per critiche rivolte alla polizia può produrre un effetto deterrente non solo individuale ma collettivo, idoneo a scoraggiare altri dal denunciare abusi dell'autorità pubblica.

La giurisprudenza si consolida in *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004), in cui viene censurata l'irrogazione di pene detentive, anche se sospese, a carico di giornalisti, ritenendo che tali sanzioni abbiano un effetto dissuasivo particolarmente grave, incompatibile con la funzione critica della stampa.

Con *Morice c. Francia* (2015), infine, viene ampliata la prospettiva di analisi degli effetti di "raggelamento", riconoscendo che una condanna per diffamazione inflitta a un avvocato per dichiarazioni critiche nei confronti di magistrati produce conseguenze inibitorie sull'intera categoria professionale, limitandone il contributo al dibattito pubblico sulla giustizia.

A partire dagli anni 2010, inoltre, la Corte ha esteso l'applicazione del parametro a contesti nuovi, in particolare alla sfera digitale e alla sorveglianza tecnologica. Nei casi *Szabó e Vissy c. Ungheria* (2016) e *Big Brother Watch c. Regno Unito* (2021), i giudici hanno riconosciuto che pratiche di sorveglianza di massa e conservazione indiscriminata dei dati personali alterano il clima di fiducia necessario per l'esercizio della libertà di espressione, generando autocensura e timore di esprimersi liberamente. In tal senso, il *chilling effect* diviene un indice dell'impatto delle tecnologie di controllo sulla qualità del discorso pubblico [9].

Nel suo complesso, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo attribuisce al *chilling effect* una funzione marcatamente sistemica, configurandolo come parametro idoneo a misurare l'effettività della libertà di espressione oltre la dimensione del caso singolo. L'attenzione del giudice convenzionale, infatti, si è progressivamente spostata dall'incidenza immediata della misura sul ricorrente all'impatto potenziale che

[9] Negli ultimi anni sono state numerose le sentenze riguardanti la protezione delle fonti giornalistiche. V. *Sedletska c. Ucraina* (2021) e *Goodwin c. Regno Unito* (1996). La Corte ha applicato principi analoghi in casi di intercettazioni e perquisizioni a carico di giornalisti, come nei casi *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, 2010 e *Voskuil c. Paesi Bassi*, 2008. In generale cfr. V. FAGGIANI, *Il chilling effect sulla libertà di informazione dei giornalisti nel quadro della crisi dello Stato di diritto,* in *Iceonline*, 2/2023, numero speciale, p. 271.

© Wolters Kluwer Italia

essa è in grado di produrre sul comportamento della collettività, nella consapevolezza che la libertà di manifestazione del pensiero opera come libertà relazionale, diffusa e strutturalmente esposta a dinamiche di dissuasione. In questa prospettiva, il *chilling effect* consente di intercettare forme di compressione preventiva della libertà di espressione che non si esauriscono nella violazione individuale, ma incidono sull'apertura e sulla vitalità complessiva del dibattito pubblico [10].

3. Dalla Corte EDU alla Corte di giustizia dell'Unione europea

Il *chilling effect* è stato progressivamente recepito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ne ha esteso l'applicazione ad altri ambiti connessi al principio dello Stato di diritto. Nelle sentenze *Repubblika c. Il-Prim Ministru* (C-896/19, 2021) e *Asociaţia Forumul Judecătorilor din România* (C-83/19 e altre, 2021), la Corte ha utilizzato un linguaggio chiaramente ispirato alla logica del *chilling effect*, riconoscendo che riforme o prassi amministrative in grado di compromettere l'indipendenza del potere giudiziario generano un effetto dissuasivo sull'esercizio della funzione giurisdizionale, incompatibile con l'art. 19, par. 1, TUE.

In particolare, è stato evidenziato che il timore di sanzioni disciplinari o di interferenze politiche può indurre i giudici ad astenersi dal pronunciarsi con indipendenza su questioni sensibili, determinando così una regressione della tutela giurisdizionale effettiva. Il richiamo testuale a un "*chilling effect*" è emerso anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev in casi riguardanti la Polonia e l'Ungheria (C-791/19, *Commissione c. Polonia* [11], C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz* [12]), dove la perdita dell'indipendenza dei giudici è stata collegata alla creazione di un contesto intimidatorio e di autocensura istituzionale.

Parallelamente, il parametro è stato esteso anche ad altre libertà fondamentali strettamente legate al pluralismo democratico. Nella sentenza *Commissione c. Ungheria* (C-66/18, 2020) i giudici europei hanno riconosciuto che la restrizione imposta alle università straniere operanti in Ungheria costituiva una violazione della libertà accademica,

---

[10] T. Baumbach, *Chilling Effect as an ECHR Concept in Media Law Cases*, in *Bergen Journ. Crim. Law and Crim. Just.,* 1/2018, p. 92.

[11] Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, presentate il 6 maggio 2021.

[12] Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, presentate il 24 settembre 2019.

© Wolters Kluwer Italia

poiché idonea a dissuadere docenti e studenti dall'esercizio della libertà di ricerca e di insegnamento. Analogamente, nella causa *Commissione c. Ungheria* (C-78/18, 2020) concernente la legge sulle associazioni che ricevono sostegno finanziario proveniente da altri Stati membri o da Paesi terzi, è stato rilevato che l'obbligo di registrazione e di pubblicità delle fonti di finanziamento determinava un effetto di stigmatizzazione e di dissuasione dell'attività associativa.

Questa estensione del *chilling effect* ha un rilievo concettuale di grande portata poiché la Corte di giustizia pare aver progressivamente plasmato la categoria in un indicatore generale della qualità democratica degli ordinamenti nazionali [13]. Da essa derivano non solo obblighi "negativi" di astensione da misure idonee a produrre effetti dissuasivi, ma anche obblighi "positivi", che impongono agli Stati di proteggere attivamente i soggetti che esercitano funzioni essenziali per il mantenimento del dibattito pubblico.

In questa prospettiva, il *chilling effect* diventa anche una lente per individuare i fenomeni di *rule of law backsliding*, ovvero di progressiva erosione dello Stato di diritto [14]. La combinazione di disposizioni ambigue, applicazioni arbitrarie e sanzioni sproporzionate genera un contesto intimidatorio che produce autocensura, conformismo e paura di ritorsioni. L'esito è un "effetto di perversione della giustizia", in cui il potere punitivo viene utilizzato non per reprimere l'illegalità, ma per inibire il dissenso [15].

Alla luce dell'evoluzione sin qui brevemente descritta, è possibile dedurre che la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di giustizia convergono nel considerare la libertà di espressione come la condizione sistemica di ogni altro diritto democratico. Da qui la necessità di controllare non solo la legittimità formale delle restrizioni, ma anche i loro effetti sistemici e la percezione di rischio che esse generano nei soggetti coinvolti. Ne è derivata una progressiva espansione della logica del *chilling effect*, non più confinato al solo terreno della libertà di espressione in senso stretto. Quando i cittadini, i magistrati, i giornalisti o gli accademici evitano di esercitare i propri diritti per timore di ritorsioni, la democrazia entra in una fase di "raffreddamento" in cui la libertà sopravvive solo nella forma ma non nella sostanza.

---

[13] L. PECH, *The concept of chilling effect. Its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU*, cit., p. 1.

[14] V. FAGGIANI, *Il chilling effect sulla libertà di informazione dei giornalisti nel quadro della crisi dello Stato di diritto*, cit., p. 271.

[15] *Id.*, spec. p. 273.

© Wolters Kluwer Italia

In questa prospettiva, la convergenza tra Strasburgo e Lussemburgo rappresenta un passo decisivo verso una tutela integrata e sostanziale del pluralismo, destinata a incidere anche sul terreno del governo privato dell'informazione digitale.

4. Il *chilling effect* e la gestione privata dell'informazione nell'ambiente digitale

Le grandi piattaforme digitali operano oggi in un regime di co-regolazione, o più propriamente di regolazione incentivata, nel quale la distinzione tra potere pubblico e potere privato tende a dissolversi [16]. Tale configurazione, incisa dal legislatore europeo con il *Digital Services Act* e il *Digital Markets Act*, ha condizionato profondamente la funzione svolta dagli intermediari digitali, che non possono più essere considerati meri prestatori di servizi tecnici, ma soggetti che partecipano alla configurazione della sfera pubblica digitale e dunque alla concreta attuazione della libertà di espressione.

Secondo parte della dottrina, si è assistito a una vera e propria "costituzionalizzazione per via *soft*" [17] del governo privato dell'informazione, in forza della quale le piattaforme, pur restando operatori economici privati, svolgono un ruolo para-pubblico nell'organizzazione del discorso pubblico e nella circolazione dei contenuti *online*.

Si è venuto a creare, dunque, uno spazio ibrido, in cui gli obblighi delle piattaforme assumono rilievo pubblico, senza che a ciò corrisponda una piena trasposizione delle garanzie costituzionali proprie dell'azione statale [18]. In questo contesto, il rischio di *chilling effect* non deriva da forme di censura diretta, ma dalla logica di conformità preventiva che orienta l'azione privata [19]. Gli operatori digitali tendono, invero, ad adottare strategie di gestione del rischio legale e reputazionale più che di tutela effettiva del pluralismo informativo [20]. Ne risulta un

---

[16] M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Dir. cost.*, 1/2020, p. 117.

[17] O. Pollicino, *Regolazione e innovazione tecnologica nell'"ordinamento della rete"*, in *Rivista AIC*, 2/2025, p. 119; Id., *Il costituzionalismo digitale europeo. Dalle piattaforme online alla tutela dei diritti fondamentali*, Bologna, 2023, spec. p. 117.

[18] Per una riflessione ampia sul tema v. F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Torino, 2022.

[19] M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inform. dir.*, 1/2019, p. 37.

[20] O. Pollicino, *Il costituzionalismo digitale europeo. Dalle piattaforme online alla tutela dei diritti fondamentali*, cit., spec. p. 120.

© Wolters Kluwer Italia

effetto inibitorio strutturale, atteso che la possibilità di essere rimossi, silenziati o penalizzati in termini di visibilità algoritmica produce un esito dissuasivo diffuso, che incide anche su soggetti qualificati (giornalisti, ricercatori, organizzazioni civiche) e riduce progressivamente lo spazio del dicibile. Questo esito, osservato anche in dottrina [21], si manifesta come una forma di *private chill*, ossia una limitazione imposta non dal potere pubblico, ma da decisioni algoritmiche e *policy* interne, spesso ispirate a logiche di prevenzione e di autotutela economica [22].

Una prima causa risiede nell'indeterminatezza delle categorie normative e regolative di riferimento. Espressioni come "disinformazione", "contenuti illegali" o "contenuti dannosi" restano concettualmente vaghe e aperte a interpretazioni mutevoli, talora condizionate da contesti politici o da sensibilità ideologiche. Rispetto a tali nozioni il rischio di torsione interpretativa è idoneo a generare incertezza e a produrre un effetto di paralisi espressiva. La prudenza eccessiva di chi teme sanzioni o rimozioni si traduce, così, in una restrizione implicita della libertà di parola [23].

Ulteriore fattore di rafforzamento del *chilling effect* è rappresentato dall'asimmetria procedurale che caratterizza il rapporto tra utenti e piattaforme. Le decisioni di moderazione, spesso automatizzate e opache, producono effetti immediati sulla possibilità di partecipare al dibattito pubblico, mentre i meccanismi di reclamo e revisione introdotti dal *Digital Services Act*, pur innovativi, non garantiscono un controllo effettivo. L'asimmetria di potere, unita alla difficoltà di comprendere e contestare decisioni algoritmiche, alimenta comportamenti di autocensura, riducendo ulteriormente la capacità di espressione critica.

Un terzo profilo attiene gli incentivi distorti che derivano dai regimi di responsabilità e di vigilanza. Le piattaforme, nel tentativo di evitare sanzioni o danni reputazionali, tendono a rimuovere in via preventiva contenuti percepiti come problematici, anche se leciti, producendo fenomeni di *over-removal* e censura privata [24]. Questo meccanismo, fondato su logiche di prevenzione del rischio, costituisce una forma

---

[21] S. BEDI, *The myth of the chilling effect*, in *Harvard J.L. & Tech.*, 1/2021, p. 268, spec. p. 284.

[22] M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws*, 2/2020, p. 35.

[23] V. FAGGIANI, *Op. cit.*, p. 475.

[24] V. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Oss. fonti*, 3/2021, p. 1370.

© Wolters Kluwer Italia

di "autocensura sistemica" che incide in profondità sulla qualità del discorso pubblico e sulla sua dimensione pluralistica [25].

Pertanto, l'applicazione del paradigma del *chilling effect* alle dinamiche del governo privato dell'informazione consente, in definitiva, di leggere in chiave costituzionale l'impatto che le pratiche di moderazione e raccomandazione esercitano sulla libertà di manifestazione del pensiero. In quest'ottica, la progressiva estensione di obblighi di rilievo pubblico a soggetti privati impone di ripensare la struttura delle garanzie, affinché la tutela della libertà di espressione non venga compromessa da dinamiche di conformità preventiva o da algoritmi foschi.

Solo un rafforzamento effettivo della trasparenza e dell'*accountability*, accompagnato da un controllo giurisdizionale pieno, può evitare che la regolazione europea del digitale, pur ispirata a finalità di protezione dei diritti, divenga essa stessa veicolo di nuovi effetti inibitori.

5. Conclusioni

L'evoluzione del *chilling effect* mostra come una categoria nata nel diritto statunitense per descrivere gli effetti dissuasivi della censura indiretta si sia progressivamente trasformata, nel contesto europeo, in un vero e proprio parametro di giudizio sulla compatibilità di talune restrizioni con la libertà di espressione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ne ha fatto un criterio di valutazione essenziale, capace di misurare non solo l'incidenza immediata di una misura limitativa, ma anche il suo impatto sistemico sul clima del dibattito pubblico. In questa prospettiva, il *chilling effect* segnala il grado di apertura o di chiusura dello spazio pubblico e, dunque, la qualità effettiva del pluralismo democratico.

Questa impostazione ha trovato un terreno di espansione nel diritto dell'Unione europea. Pur senza formalizzare la categoria, la Corte di giustizia ne ha ripreso la logica, estendendola a contesti che toccano il cuore della clausola dello Stato di diritto: l'indipendenza dei giudici, la libertà accademica, la libertà di associazione. Il *chilling effect* diventa così una spia della fragilità istituzionale degli ordinamenti, un indice di riconoscimento delle derive illiberali e dei processi di erosione delle garanzie che rendono effettive le libertà fondamentali.

In particolare, la sua più recente proiezione riguarda l'ambiente digitale e il governo privato dell'informazione. Il trasferimento a soggetti

[25] S. Bedi, *The myth of the chilling effect*, cit., p. 287.

© Wolters Kluwer Italia

privati di funzioni di rilievo pubblico, accompagnato dagli obblighi di trasparenza e di vigilanza introdotti dal *Digital Services Act* e dal *Digital Markets Act*, ha prodotto una morfologia inedita del potere informativo, in cui la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata tende a confondersi. In tale contesto, il *chilling effect* non è più il riflesso di una censura imposta dall'autorità, ma il risultato di meccanismi di conformità preventiva, di incentivi regolativi e di selezioni algoritmiche che incidono in profondità sulla formazione dell'opinione pubblica e sull'equilibrio del discorso democratico.

Su questo sfondo, il costituzionalismo europeo è chiamato a rimeditare le proprie categorie tradizionali. Se la libertà di espressione può, oggi, essere compressa non solo da leggi restrittive, ma anche da architetture tecnologiche e procedure aziendali, allora il perimetro delle garanzie costituzionali deve necessariamente ampliarsi, includendo tutti gli attori che concorrono a modellare lo spazio pubblico. Il *chilling effect* si propone, in questa chiave, come uno strumento concettuale idoneo a misurare l'impatto delle regole, delle prassi e degli algoritmi sulla vitalità del discorso democratico, consentendo di superare la dicotomia tradizionale tra interferenze pubbliche e private.

La sua attualità nel diritto europeo risiede proprio in questa funzione di raccordo, volto ad orientare il giudizio di proporzionalità verso una dimensione più ampia, capace di valutare non soltanto la legittimità formale delle restrizioni, ma la qualità sostanziale dell'ambiente informativo entro cui le libertà vengano esercitate.

© Wolters Kluwer Italia

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTROLLI A DISTANZA AL VAGLIO DELLA TECNICA *

Luca Di Filippo

Sommario: 1. La disciplina dei controlli a distanza nella formulazione originaria dell'art. 4 Stat. Lav. – 2. La "storica" obsolescenza dell'art. 4 Stat. Lav.: il difficile raffronto tra diritto e tecnica. – 3. La riforma dell'art. 4, co. 2, Stat. Lav. – 4. La nozione di "strumento". – 5. L'utilizzazione finalizzata a "rendere la prestazione lavorativa". – 6. Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Abstract: This paper aims to examine the regulatory evolution of the employer's power of control, with specific reference to Article 4 of the Workers' Statute, as amended by Legislative Decree No. 151 of 14 September 2015, in light of the rapid and ongoing advances in technology, and to the contractual monitoring provisions contained in Article 21 of Law No. 81 of 2017 on agile (remote) work. More specifically, it will explore the reasons and the various historical and social contexts that have driven the progressive need to adapt this long-unmodified rule, left unchanged for forty-five years, to technological developments. The central focus is the delicate balance between the employer's legitimate interest in obtaining a useful and, therefore, necessarily controllable work performance, given the worker's subjection to a functional and technical limitation of freedom, and the countervailing need to restrict such power to safeguard the worker's privacy, in line with the so-called "behavioural licenses".

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. La disciplina dei controlli a distanza nella formulazione originaria dell'art. 4 Stat. Lav.

La primigenia formulazione dell'art. 4 Stat. Lav., allora rubricato "*impianti audiovisivi*", prescriveva, al co. 1, il generale divieto di utilizzo di impianti ed altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori; ammetteva, al comma successivo, la possibilità che tali impianti potessero essere installati e usati, previo accordo con le rappresentanze sindacali o autorizzazione amministrativa, in ragione di esigenze organizzative o produttive ovvero per motivi di sicurezza sul lavoro. In queste ultime ipotesi, il controllo si qualificava come una funzione ulteriore rispetto ai motivi tipizzati, non ne era, cioè, una funzione essenziale o coessenziale, ma un aspetto necessariamente eventuale e residuale, in ogni caso, preterintenzionale.

La norma, dunque, voleva rendere illecita, *in toto*, la funzione di controllo degli impianti in oggetto, consentita esclusivamente dalle ragioni giustificatrici [1]. Il sistema normativo, quindi, operava una distinzione netta tra controlli e funzioni di controllo sempre vietati e controlli preterintenzionali leciti, purché qualificabili come conseguenza *aliunde* rispetto alle ragioni giustificatrici. La stringente formulazione dell'art. 4 fondava sulla sua stessa *ratio* "primordiale", ovverosia quella di impedire i controlli "anelastici" [2], all'epoca effettuati con telecamere a circuito chiuso, con il precipuo scopo di tutelare il prestatore dal controllo sulle c.d. "licenze comportamentali", ovverosia sui comportamenti non strettamente attinenti al rapporto di lavoro "*strutturalmente precluse alla sfera di conoscenze acquisibili dal datore di lavoro*" [3]. Detto altrimenti, il lavoratore era salvaguardato "*dall'occhio del padrone che scruta da lontano*" [4].

Il legislatore statutario, quindi, scelse di rendere illeciti tali tipolo-

---

[1] C. PISANI, *Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze*, in C. PISANI - G. PROIA - A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, pp. 439 ss.

[2] Tale impostazione è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha avuto modo di precisare che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione "umana", e cioè "*non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro*" (Cass. 17 luglio 2007, n. 15892).

[3] Così, W. SARESELLA, *L'art. 4 S.L. e l'impiego di elaboratori elettronici,* in *L80,* 1986, p. 340.

[4] Trib. Milano, 26 marzo 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, p. 23; Pret. Torino, 23

© Wolters Kluwer Italia

gie di controlli, prescindendo sia dalla consapevolezza del lavoratore rispetto alla captazione, che dal grado di "odiosità" dell'attività di controllo sulla dignità del prestatore [5].

Anche se il co. 1 dell'articolo in esame non reca più, in via esplicita, il divieto generalizzato, deve ritenersi comunque sanzionato l'uso di apparecchiature aventi esclusiva funzione di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori [6]. Logicamente, se così non fosse, non avrebbe senso puntellare il testo normativo con gli oneri di sostanza e procedura, nonché introdurre, come si vedrà, un esplicito regime derogatorio [7].

Se in via genetica, l'articolo in commento era diretto a vietare esclusivamente il controllo riferito alla persona del lavoratore nella sua fisicità, secondo la *ratio* originaria della norma, si ritiene che attualmente essa riguardi anche la captazione di informazioni desumibili dal tracciamento dell'attività operato dallo strumento (c.d. "controllo deduttivo"), purché significativa e tale da permettere la formulazione di un giudizio [8].

2. La "storica" obsolescenza dell'art. 4 Stat. Lav.: il difficile raffronto tra diritto e tecnica

Già negli anni Ottanta del secolo scorso, l'informatizzazione aveva condotto all'impiego di *computers*, diffusamente utilizzati come strumento di lavoro. Tuttavia, dagli stessi era chiaro che derivasse la possibilità del detto controllo deduttivo, in quanto dall'elaboratore era possibile tenere traccia dell'attività svolta dal prestatore, ancorché non istantaneamente. Tuttavia, l'attenzione del legislatore statutario si era limitata alle tipologie di controlli esogeni dallo svolgimento della prestazione contrattuale, non potendo preventivare che sarebbero stati

---

gennaio 1992, in *Giur. piem.*, 1992, p. 506; Trib. Milano, 29 settembre 1990, *ivi*, II/1991, p. 550.

[5] C. Pisani, *I controlli a distanza dei lavoratori*, in *Giur. dir. lav. rel. ind.,* 1987, pp.145 ss.

[6] A. Sitzia, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Lav. Giur.*, 7/2015, p. 671 ss. *Contra*, M.T. Carinci, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017, p. 55.

[7] Cass. 6 dicembre 2016, n. 51897.

[8] C. Pisani, *Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., p. 444.

© Wolters Kluwer Italia

introdotti, dallo sviluppo della tecnica, strumenti per rendere la prestazione in grado di assolvere, essi stessi, alla finalità di controllo.

Infatti, la liceità nell'impiego di tali strumenti era esclusivamente riconducibile al vecchio co. 2 del detto articolo, nell'accordo o nell'autorizzazione, con la conseguente sindacabilità nel merito della scelta datoriale, ad opera del sindacato o dell'Ispettorato, senza contare la responsabilità penale nel caso di dichiarazione di insussistenza del motivo aziendale addotto [9]. Dacché, l'innovazione industriale era rimessa a soluzioni per loro natura compromissorie, e soccombente rispetto alla tutela della dignità del lavoratore, in un bilanciamento interpretativo che la stessa disposizione statutaria non aveva potuto *ratione temporis* operare.

È evidente, allora, che il divieto posto dall'art. 4, esorbitava dalla propria "competenza", con l'"ultra effetto" di imporre implicitamente una sorta di cogestione dell'organizzazione del lavoro [10], per il tramite dell'ingerenza delle organizzazioni sindacali o dell'amministrazione in scelte di esclusiva pertinenza datoriale, con evidente eterogenesi dei fini dell'art. 4 [11].

3. La riforma dell'art. 4, co. 2, Stat. Lav.

Ci sono voluti trent'anni "*perché il legislatore si ridestasse dal torpore nostalgico per lo Statuto dei lavoratori più bello del mondo*" [12], mediante la riformulazione dell'art. 4, co. 2, Stat. Lav., disposta con l'art. 25 del d. lgs. 14 settembre 2015, n. 151. Il nuovo impianto normativo ha escluso gli oneri procedurali dell'accordo sindacale e, in via suppletiva, dell'autorizzazione amministrativa, previsti dal comma precedente, nel caso in cui il controllo si realizzi a mezzo di "*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*" ovvero di "*strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*".

---

[9] AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro, Atti dell'VIII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Ass. Italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Milano, 1986; R. DE LUCA TAMAJO - R. IMPERIALI D'AFFITTO - C. PISANI - R. ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988.

[10] C. PISANI, *I controlli a distanza dei lavoratori*, cit., p. 134; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Milano, 2003, p. 233; C. ZOLI - E. VILLA, *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 127.

[11] C. PISANI, *I controlli a distanza dei lavoratori*, cit., p. 157.

[12] C. PISANI, *Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze,* cit., p. 442.

© Wolters Kluwer Italia

La *ratio* della novella si rinviene nell'esigenza di differenziare il trattamento normativo, al tempo uniforme, previsto per le diverse modalità con cui possa esplicitarsi il controllo del lavoratore, nell'alveo degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di tale controllo a distanza (c.d. preterintenzionale) [13].

È chiaro come i due interessi oggetto del bilanciamento normativo [14], prodromico alla costruzione della nuova disciplina, siano stati l'interesse datoriale all'immediatezza e alla semplificazione nell'utilizzo di strumenti di lavoro e l'interesse del lavoratore, il quale ha diritto di lavorare pretendendo il rispetto della propria dignità e della propria riservatezza, a maggior ragione se il nocumento a tali beni possa provenire dall'impiego di strumenti che egli quotidianamente impiega.

All'esito del suddetto bilanciamento, il legislatore, nella nuova disciplina, ha deciso di introdurre un alveo di strumenti eccettuati da giustificazioni e procedure, individuati in quelli funzionali alla resa della prestazione. E, in verità, l'approdo normativo ha cristallizzato la prassi inveratasi già prima dell'intervento in emenda, consistente nell'interpretazione restrittiva del co. 1 dell'art. 4, intendendo, cioè, come strumenti bisognevoli di accordo o autorizzazione, soltanto gli impianti di videosorveglianza [15].

Tuttavia, il sistema che nei fatti si era creato dava luogo a evidenti distorsioni, sia sul piano contenzioso, che sul piano dell'innovazione. Infatti, l'assenza di autorizzazione, avallata dalla prassi, ma formalmente illecita, sconfinava nell'ipocrisia delle liti giudiziarie che emergevano in tema disciplinare, in cui le captazioni, ottenute dal datore in conformità della prassi permissiva, venivano, però, ritenute inutilizzabili e insuscettibili di fondare il sostrato probatorio dell'addebito rivolto al lavoratore, con conseguente caducazione dei provvedimenti sanzionatori basati su fatti acclarati. Il naturale corollario del disordine creatosi, non poteva che essere l'effetto inibitorio, per le aziende più prudenti, circa il dotare i propri dipendenti delle ultime avanguardie tecnologiche potenzialmente controllanti [16], in quanto sanzionate sia civilisticamente che, addirittura, penalmente.

Se in questo senso, il nuovo testo ha inteso restituire certezza nel

---

[13] Cass. 16 dicembre 2016, n. 51897.

[14] E. Gragnoli, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *VTDL*, 2016, p. 651 ss.

[15] I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione tra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 1/2016, p. 1 ss.

[16] A. Bellavista, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Zilio Grandi -

© Wolters Kluwer Italia

discrimine tra obbligatorietà o no degli oneri procedurali in funzione della tipologia di strumento, non ha risolto i dilemmi definitori, dati dalla necessaria formulazione generica offerta dalla legge; neppure potendosi pretendere, dalla norma, una maggiore analiticità, poiché il legislatore non era in grado di fornire una definizione generale ed astratta che potesse indistintamente ricomprendere ogni attività [17].

4. La nozione di "strumento"

Ciò che preme sottolineare sin d'ora è che la definizione di strumento rileva in funzione della sua attitudine ad effettuare un controllo a distanza, tenendo fermo il divieto generalizzato della finalità di controllo, che permane anche dopo la modifica normativa, ancorché si ricavi implicitamente [18].

La questione più spinosa sorta in merito al sostantivo in esame è se esso sia idoneo a ricomprendere anche entità immateriali. In proposito giusta l'interpretazione letterale ed evolutiva dell'art. 4, nella cui rubrica, si è aggiunto ad "*impianti audiovisivi*", anche "*e altri strumenti di controllo*" e nel cui corpo si è parimenti sostituito "*apparecchiature*" con "*strumenti di controllo*".

Dall'emenda letterale, si comprende la sostanziale irrilevanza della materialità; tale esegesi, inoltre, è l'unica che consente alla norma di non nascere già desueta, in omaggio al più generale principio di conservazione d'efficacia. Pertanto, data l'assenza di qualsiasi indicazione contraria e l'espansione terminologica nella nuova formulazione, deve concludersi che programmi informatici, *apps* e intelligenze artificiali, siano suscettibili di essere ricondotti alla definizione di strumento.

Più complicato, invece, è stabilire se possano essere considerati tali non soltanto i *software* indispensabili al funzionamento del terminale, ma anche quelli funzionali a migliorare, aggiornare o potenziare determinate funzioni (c.d. "applicativi") [19].

Sul punto, è indispensabile indagare se il singolo programma inci-

---

M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, p. 717 ss.

[17] M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23, D. lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *LLI*, 4/2016, p. 1.

[18] A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, cit., p. 671 ss.; E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 4/2015, p. 988.

[19] A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: Una lettura integrata*, Bari, 2018, p. 186.

© Wolters Kluwer Italia

da, e in che misura, sul supporto materiale o informatico su cui insiste, essendo in tali casi indispensabili conoscenze di natura tecnica. L'obiettivo è comprendere se i controlli, attuati tramite strumenti di lavoro, beneficino dell'esonero dalle procedure del co. 1 solo nella misura in cui siano effettuati utilizzando le normali funzionalità degli apparecchi forniti in dotazione oppure se tale esenzione inerisca anche ipotesi in cui l'applicativo sia aggiunto al sistema operativo originario allo scopo di consentire o intensificare il controllo. Il Ministero del Lavoro, in una nota del giugno 2015 [20], ha fornito un parere restrittivo al precedente quesito, ritenendo che il *software* sia considerato come strumento a norma del co. 2, soltanto nella sua "integrità nativa", dovendosi ritenere illecita l'installazione dell'ulteriore programma preordinato al controllo volontario, così come le informazioni e i dati acquisiti a mezzo di esso.

Quindi, è certamente illecito l'impiego dello strumento sottratto alle garanzie del co. 1, quando esso divenga il pretesto e il mero contenitore di applicativi "posticci", preordinati al solo controllo e sconnessi dalla resa delle mansioni contrattuali [21].

5. L'utilizzazione finalizzata a "rendere la prestazione lavorativa"

Indiscutibilmente, l'intera emenda normativa si è incentrata sull'aspetto teleologico, e cioè sul "*per rendere la prestazione*", avendo il legislatore ammesso che la particolare destinazione del bene giustifichi che da esso derivi la possibilità del detto controllo [22], al fine di ovviare agli "assurdi" della previgente formulazione.

Letteralmente, devono intendersi, in tal guisa, gli strumenti funzionali a svolgere le mansioni dedotte in contratto [23]. Se la norma non pone particolari problemi per determinati strumenti, che si rapportano con la prestazione in termini di essenzialità e infungibilità, vi sono

---

[20] Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Ufficio Stampa, *Controlli a distanza: Ministero del Lavoro, nessuna liberalizzazione; norma in linea con le indicazioni del Garante della Privacy*, in *https://www.lavoro.gov.it*, 2015.

[21] Sul punto, R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. n. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2016, pp. 77 ss.

[22] *Id.*, pp. 77 ss.

[23] M.T. Carinci, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 52.

© Wolters Kluwer Italia

numerosissime ipotesi in cui non è possibile "etichettare" in via astratta e aprioristicamente determinati apparecchi come funzionali a certe mansioni [24]. L'interprete è, dunque, onerato di condurre, anche in tal caso, un'analisi empirica ancorata a tre parametri: le mansioni concretamente svolte dal prestatore, lo strumento fornito a quest'ultimo per l'esecuzione del compendio mansionistico e il rapporto di strumentalità tra i due, nel solco del modello organizzativo, comunque insindacabilmente predisposto dall'imprenditore [25].

Rifacendosi al dato testuale della norma, gli strumenti esentati dalle procedure del co. 1 sono tutti quelli in qualunque modo funzionali all'esecuzione della prestazione lavorativa ("*per*"), anche solo in termini di mera utilità [26] e non soltanto quelli "indispensabili".

Aderire ad una diversa soluzione, significherebbe attribuire alla disposizione un significato ulteriore, arbitrariamente escludente, e sostanzialmente abrogativo della novella [27]. Se, infatti, il legislatore avesse ritenuto di circoscrivere l'ambito applicato del co. 2, avrebbe certamente fatto riferimento agli strumenti "necessari" per lo svolgimento della prestazione [28]. In tal senso, non sono mancate prospettazioni restrittive [29], fondate sulla natura eccezionale della disposizione, di carattere derogatorio e, dunque, insuscettibile di essere interpretata analogicamente, a norma dell'art. 14 delle Preleggi [30]. Già lo stesso art. 14, tuttavia, sconfessa la ricostruzione restrittiva, poiché esso afferma testualmente che le leggi che fanno eccezione "*non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*". Tale tesi non coglie nel segno, in quanto il legislatore ha inteso ammettere tutti gli strumenti in rapporto strumentale con l'esecuzione mansionistica, non avendo ristretto

---

[24] A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: Una lettura integrata*, cit., p. 192.

[25] A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso del lavoratore*, in *LLI*, 1/2016, p. 86; in giurisprudenza, Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Giur. it.*, 2014, p. 1960 ss. e Cass. 2 luglio 2009, n. 15500, in *Guida al Dir.*, 35/2009, p. 29.

[26] E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit., p. 991 ss.; E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, cit., p. 655 ss.

[27] A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 16.

[28] In conformità del criterio interpretativo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*,

[29] O. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4, Stat. lav.*, Napoli, 2017, p. 94 ss.

[30] V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2/2016, p. 349.

© Wolters Kluwer Italia

l'ambito applicativo, in modo da poter desumere che debba sussistere una "*stretta correlazione tra gli strumenti tecnologici e le mansioni svolte dal lavoratore*" [31].

Oltre al pacifico dato letterale, altro limite delle interpretazioni "escludenti" è la mancata considerazione del contenuto obbligatorio della prestazione lavorativa. Com'è noto, infatti, l'obbligo di lavorare si inserisce pur sempre in un rapporto sinallagmatico caratterizzato dalla limitazione funzionale di libertà, in cui il potere direttivo datoriale si esplicita anche nel potere di conformazione e, cioè, sul "come" e su "quali" mansioni il lavoratore debba eseguire, nei limiti certo dell'art. 2103 cod. civ. [32]. Quindi, la prestazione a cui è obbligato il lavoratore è quella svolta con le modalità decise dal datore di lavoro secondo l'organizzazione da lui predisposta [33], in via insindacabile. Pertanto, l'esatto adempimento dovuto dal lavoratore non è riducibile alla mera rispondenza con le mansioni astrattamente dedotte in contratto, ma deve intendersi completato dalle modalità e dalla organizzazione con cui il datore ritiene che quell'adempimento assuma i caratteri di utilità ed efficienza, anche raffrontando la singola prestazione con quelle degli altri lavoratori [34].

Infatti, l'efficienza è aspetto connaturato alla prestazione lavorativa, la quale concorre alla formazione del risultato atteso dall'imprenditore, in quanto soggetto che sopporta il rischio d'impresa. Sarebbe

---

[31] Così, R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. n. 151/2015)*, cit., p. 77 ss.

[32] C. Pisani, *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.,* 3/2011, p. 114 ss.

[33] M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 145.

[34] *Id.*, p. 190. In proposito, Cass. 3 aprile 2024, n. 15391, in cui si stabilisce che il Telepass, installato su autovettura aziendale, "*si deve considerare uno strumento direttamente funzionale «all'efficienza» della singola prestazione, oltre che ormai fortemente compenetrato con essa nell'odierna pratica lavorativa, sicché il telepass così contestualizzato rientra nell'ambito applicativo del comma 2 dell'art. 4 L. n. 300/1970 novellato*"; Cass. 22 settembre 2021, n. 25731, in cui si afferma che "*La «chat» aziendale, destinata alle comunicazioni di servizio dei dipendenti, è qualificabile come strumento di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2, st. lav. novellato, essendo funzionale alla prestazione lavorativa*"; Trib. La Spezia, ord. 25 novembre 2016, in cui si stabilisce che rientrano nel co. 2 dell'art. 4 tutti gli strumenti che seppure non imprescindibili, "*sono comunque utilizzati dai lavoratori come ausilio allo svolgimento della propria prestazione*"; Trib. Roma 13 giugno 2018, n. 57668. *Contra*, Trib. Torino 19 settembre 2018, n. 1664, in cui si afferma che il nesso di funzionalizzazione deve interpretarsi nel senso di oggettiva necessità all'esecuzione della prestazione; Trib. Milano, 24 ottobre 2017, n. 2757 e Trib. Pescara, 25 ottobre 2017, nelle quali si esplicita il nesso di strumentalità in termini di essenzialità.

© Wolters Kluwer Italia

illogico, oltreché errato, affermare che l'obbligo di lavorare non sia integrato dai caratteri particolari relativi alla conduzione dell'attività d'impresa, impressi dall'esercizio del potere di conformazione, e che questi non assumano valore giuridico ai fini dell'esatto adempimento.

Pertanto, devono sussumersi nel co. 2 dell'art. 4, tutti gli strumenti di lavoro utilizzati dal prestatore che gli consentano di adempiere esattamente alla prestazione lavorativa, secondo le direttive e l'organizzazione predisposte dal datore, con i soli limiti del motivo illecito e della tutela delle condizioni di lavoro [35].

6. Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze

L'altra fattispecie eccettuata dalle guarentigie del co. 1 è quella in cui il controllo avvenga per il tramite di "*strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*".

La chiarezza della nuova disposizione sembrerebbe esente da questioni interpretative sulla propria portata, in quanto i dati raccoglibili riguarderebbero esclusivamente l'orario di entrata e di uscita dal luogo di lavoro, prescindendo dallo svolgimento dell'attività lavorativa. La rilevazione, in tali casi, non pregiudica la dignità del prestatore di lavoro o la sua riservatezza, poiché l'oggetto della captazione risulta essere in via esclusiva la presenza presso il luogo di lavoro, per il tramite delle mere coordinate spazio-temporali in cui la prestazione si svolge [36].

Sul punto, infatti, nella vigenza del vecchio art. 4, si era formato un consolidato orientamento di merito che escludeva in radice la neces-

---

[35] In riferimento alla tutela delle condizioni di lavoro, è, inoltre, pacifico che l'obbligo di impiegare strumenti di controllo imposti dalla legge faccia rientrare tale strumentazione nel co. 2, come chiarito dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro che, in una propria circolare, relativa all'installazione di un'apparecchiatura GPS su un veicolo ha affermato che "*solo in casi del tutto particolari (...) quando l'installazione sia richiesta da specifiche normative di carattere legislativo o regolamentare (...) – si può ritenere che gli stessi finiscano per trasformarsi in veri e propri strumenti di lavoro e pertanto si possa prescindere dalla procedura di cui all'art. 4, co. 1, SL*" (INL circ. 7 novembre 2016, n. 2). Anche il Garante per la protezione dei dati personali è giunto alle stesse conclusioni, affermando che nel co. 2 "*possano ricomprendersi solo servizi software o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza*" (Garante per la protezione dei dati personali, 13 luglio 2016, n. 103).

[36] C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4 tra attualità ed esigenze di riforma*, in AA.VV., *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, p. 158.

© Wolters Kluwer Italia

sità delle procedure del co. 2 [37], salvo poi un clamoroso *revirement* della giurisprudenza di legittimità, in un caso in cui, incrociando i dati con il *badge* di accesso ai *garage* aziendali con quelli di ingresso agli uffici, il datore aveva utilizzato tali dati per fini disciplinari, sanzionando il mancato rispetto dell'orario di lavoro da parte del dipendente. La Suprema Corte aveva ritenuto applicabile il co. 2 del vecchio art. 4, sostenendo che il controllo dell'orario di lavoro "*risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto, si inquadra in una fattispecie rientrante in tale norma*" [38].

Il legislatore, dunque, nella nuova versione della norma ha voluto comporre il contrasto creatosi, "liberalizzando" tali controlli. La risoluzione della questione circa la necessità o no delle procedure del co. 1 in tali casi, non ha, però, chiarito i dubbi rispetto all'estensibilità delle definizioni di "accessi" e "presenze".

Una parte minoritaria della dottrina interpreta i due sostantivi nei termini di un'endiadi [39], ritenendo sussumibili nella norma soltanto i controlli relativi all'effettivo arrivo in azienda (accesso) e alla permanenza fisica del prestatore nei locali aziendali durante l'orario di lavoro (presenza), verificabile mediante l'uscita dal luogo di lavoro [40].

Tale orientamento non è rispondente alla lettera della legge, la quale ha voluto imprimere un significato diverso ed autonomo al termine "accessi", poiché l'entrata, la permanenza e l'uscita del lavoratore sono concetti riassumibili nel termine "presenze", come dimostrato dalla congiunzione "e".

Aderendo al dato testuale, non si desumono elementi che limitino il campo applicativo della norma (la sua "*capacità attrattiva*" [41]), dovendosi farvi rientrare anche le c.d. "uscite intermedie" [42], essendo ir-

---

[37] Trib. Milano, 26 marzo 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, p. 23; Pret. Torino, 23 gennaio 1992, in *Giur. piem.*, 1992, p. 506; Trib. Milano, 29 settembre 1990, *ivi*, II/1991, p. 550.

[38] C. Pisani, *Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., p. 456, rispetto a Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. giur. lav.*, II/2008, p. 358.

[39] E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza sui lavoratori*, in *VTDL*, 4/2016, p. 711.

[40] V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018, p. 161.

[41] Così, A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: Una lettura integrata*, cit., p. 194.

[42] V. Maio, *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro,* in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 85.

© Wolters Kluwer Italia

ragionevolmente limitante considerare esclusivamente la prima entrata e l'ultima uscita in azienda, poiché anche a mezzo delle prime si coglie la temporalità della prestazione.

Altra questione riguarda gli accessi c.d. "endoaziendali", ovverosia quelli tra e in specifici locali aziendali durante la presenza sul luogo di lavoro. Anche per tale caso, non sembra potersi escludere tale approdo sulla base della lettera della legge, poiché la norma si riferisce indistintamente agli strumenti atti a registrare gli accessi, prescindendo dalla "geografia" dell'impresa [43] e consentendo potenzialmente la captazione della presenza mobile del dipendente anche all'interno dei luoghi di lavoro [44]. Ciò è tanto più vero nei casi in cui il datore di lavoro debba preservare la segretezza di talune informazioni o la sicurezza dei dipendenti in ragione della pericolosità di taluni materiali, limitando l'accesso alle relative aree in ottemperanza ad obblighi di legge [45].

Un'ultima questione attiene all'assimilazione tra accesso fisico e accesso virtuale, nelle ipotesi di lavoro agile, in cui sussiste la dislocazione della prestazione, al di fuori dei locali aziendali. In tali casi, il dipendente accederebbe non nei locali dell'impresa ma su una determinata piattaforma o sito *web* per poter svolgere la prestazione. In queste fattispecie, è necessario stabilire se il controllo si riverberi sull'esecuzione della prestazione lavorativa, sconfessando il rischio che tale tipologia di controllo nella sostanza si traduca in un controllo sulla prestazione [46]. È necessario, infatti, che vi sia un certo grado di prossimità tra l'accesso virtuale e l'accesso fisico, dovendosi escludere i programmi che tengano traccia anche continuativamente dell'attività del prestatore, tramite la continua rilevazione della sua presenza su determinati spazi virtuali [47], oltre alla prima attività di connessione e di disconnessione. In queste ultime occasioni, la disciplina applicabile sarà quella del co. 1 o del co. 2 dell'art. 4 Stat. Lav., a seconda che lo strumento sia o no impiegato "per rendere la prestazione". È pure da rilevare che le riflessioni del presente articolo attengono esclusivamente alla c.d.

---

[43] I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione tra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., p. 22.

[44] A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, cit., p. 19.

[45] M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 3/2016, p. 483 ss.

[46] V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, cit., p. 162.

[47] C. ZOLI - E. VILLA, *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., p. 132.

© Wolters Kluwer Italia

tutela giuslavoristica contenuta nell'art. 4 Stat. Lav., la quale, in ottemperanza al co. 3 del medesimo articolo [48], è stata arricchita e deve necessariamente coordinarsi con le norme contenute nel d. lgs. n. 196 del 2003, come emendato dalle norme sovranazionali e con i relativi indirizzi interpretativi delineati dal Garante.

[48] "*Le informazioni raccolte ai sensi dei co. 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*".

© Wolters Kluwer Italia

STORIA DI UN PROCESSO ULTRATRENTENNALE: QUALE FUTURO PER LA PRIVATIZZAZIONE DEL LAVORO PUBBLICO? *

MELANIA CARTERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'unificazione normativa nelle riforme Amato, Bassanini e nel testo unico sul pubblico impiego. – 3. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia: il trionfo della specialità pubblica sui venti contrari del lavoro privato. – 4. La resa dei conti: quel che resta della privatizzazione.

Abstract: The study offers an analysis of the extensive reform process concerning the privatization of public employment, by means of a normative reconstruction of the four stages that characterize it, with particular emphasis on the regulation of dismissal, conditioned by the constitutional origin of the principle of efficiency (Article 97, para. 2, of the Constitution). The study takes as its normative starting point Article 2, para. 2, of Delegated Law No. 421/1992, which launched the project of privatizing public employment, aligning the regulation of public employment with that of private employment through a common framework; and as its (non-) concluding provision, Article 63, para. 2, of Legislative Decree No. 165/2001, which established a unified system of protection sanctioning all forms of unlawful dismissal with reinstatement of the employee together with compensation of up to a maximum of 24 months' salary. This provision introduces a normative differentiation between the public and private sectors, thereby betraying the original purpose of the reform. It thus reflects on the lost opportunity of the legal system with respect to the innovative aspect of privatization – namely, regulatory unification – confirming a regulatory framework constantly suspended between revolution and de-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

cline and still anchored to a traditional structure that privileges public employment through its special regime.

1. Premessa

Lo studio propone una ricostruzione normativa del processo di privatizzazione del lavoro pubblico [1], nelle sue quattro ondate di riforma: Amato, Bassanini, Brunetta e Madia [2]. L'analisi assume come fonte normativa di partenza, l'art. 2, co. 2, della l. 23 ottobre 1992, n. 421, con cui si avvia l'imponente progetto di privatizzare il pubblico impiego, e cioè di allineare la disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, attraverso una regolamentazione comune, e come fonte di (non) arrivo, l'art. 63, co. 2, d. lgs. 165/2001, con cui si salda un debito normativo, in materia di tutele, nel caso di licenziamento illegittimo nel lavoro pubblico, lungo 5 anni [3]. Il legislatore della quarta riforma [4] stabilisce, infatti, "*un meccanismo sanzionatorio unitario e speciale*" [5], annidandosi così una significativa diversificazione di tutele tra pubblico e privato, che tradisce lo scopo originario della privatizzazione [6].

---

[1] Sterminata la bibliografia sulla privatizzazione. In particolare, si rimanda agli studi di: A. BELLAVISTA - A. RICCOBONO (a cura di), *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo*, *Atti del Convegno in occasione della presentazione degli Studi in onore di Alessandro Garilli*, Torino, 2024, pp. 11 ss.; G. AMOROSO - V. DI CERBO - L. FIORILLO - A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, pp. 69 ss.; F. CARINCI - M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni*. *Dal D. lgs. n. 29/1993 ai D. lgs. nn. 396/1997*, *80/1998 e 387/1998*, *Commentario*, I, Milano, 2000, pp. 177 ss.

[2] Sulle quattro riforme della privatizzazione si rimanda allo studio di: A. BOSCATI - F. CARINCI - S. MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Vicenza, 2021, pp. 2 ss.

[3] A partire dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 si apre un lungo dibattito dottrinario sull'applicabilità del novellato art. 18 Stat. Lav. al lavoro pubblico, che verrà placato in senso negativo con la sentenza della Cassazione 9 giugno 2016, n. 11868.

[4] L'art. 21 del d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75 modifica l'art. 63 del d. lgs. 165/2001, prevedendo la reintegra e il risarcimento del danno fino a massimo di 24 mensilità in ogni caso di illegittimità del licenziamento.

[5] A. RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in U. GARGIULO - A. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 2024, p. 178.

[6] S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare nelle pubbliche amministrazioni ed il regime di tutela: sono davvero le Colonne d'Ercole della privatizzazione?* in U. GAR-

© Wolters Kluwer Italia

L'analisi riconosce nel progetto innovativo della privatizzazione un nobile tentativo di unificazione normativa tra i due settori, non riuscito totalmente a livello di tutele, a causa del peso costituzionale della regola dell'efficienza, criterio evoluto del principio del buon andamento (art. 97 Cost.) [7], che sembrerebbe giustificare le deviazioni legislative dall'uguaglianza, ed in particolare, fondare la tesi della costituzionalizzazione della reintegra nel lavoro pubblico [8].

Ad ogni modo, i frequenti ritocchi regolativi ad un assetto normativo ultratrentennale schiacciano l'originalità della riforma e favoriscono il prevalere della specialità pubblica ad ogni costo, stante la tensione pratica a garantire la buona amministrazione [9]. Ci si interroga così su quel che resta della privatizzazione, in una particolare fase di sviluppo dell'ordinamento in cui l'innovazione normativa è frenata dall'inverso processo di ri-pubblicizzazione del lavoro pubblico [10], che in materia di licenziamento è idoneo alla rottura tra pubblico e privato.

2. L'unificazione normativa nelle riforme Amato, Bassanini e nel testo unico sul pubblico impiego

Il processo di privatizzazione prende avvio con la l. n. 421/1992 che è destinata ad "aggredire" una delle definite "quattro piaghe" del debito pubblico italiano: il pubblico impiego [11]. A questo è dedicato l'art. 2 della legge, con cui si delegano uno o più decreti legislativi ad adottare delle misure "*dirette al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al mi-*

---

giulo - A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, cit., 2024, pp. 326 ss.

[7] O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, 1979.

[8] Sulla costituzionalizzazione della reintegra si rimanda a: A. Boscati, *Note sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, fasc. straordinario, 2024, p. 256; V. Luciani, *La disciplina dei licenziamenti individuali tra pubblico e privato*, in U. Gargiulo - A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, cit., pp. 317 ss.; A. Riccobono, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione*, cit., pp. 117 ss.

[9] L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *Biblioteca "20 Maggio", Collective volumes*, 8/2019, p. 75.

[10] L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in B. Caruso (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 2019, pp. 335 ss.

[11] A. Viscomi, *Appunti per una discussione sul processo di riforma del lavoro pubblico*, in U. Gargiulo - A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme,* cit., p. 62.

© Wolters Kluwer Italia

glioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione". In tale disposizione si radicano gli scopi dell'amministrazione ad esercitare la sua funzione per fini sociali e si autorizzano successivi interventi normativi a prevedere "*salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato (...) siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi; prevedere una disciplina transitoria idonea ad assicurare la graduale sostituzione del regime attualmente in vigore nel settore pubblico con quello stabilito in base al presente articolo*" [12].

La prima risposta legislativa è rappresentata dal d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che, insieme alla l. n. 421/1992, costituisce la prima stagione della privatizzazione, nota come riforma Amato. Il legislatore del 1993, ricalcando nell'art. 2 il contenuto della disposizione delegante, apre formalmente alla privatizzazione del lavoro pubblico esprimendosi primariamente in tale processo, l'intenzione del riformatore di sottoporre ad una regolamentazione comune, quella della disciplina generale (codice civile e leggi sui rapporti subordinati nell'impresa), la disciplina del lavoro subordinato, prestato alle dipendenze sia di una impresa sia della pubblica amministrazione. Si parla infatti di trapianto di disciplina, per il trasferimento della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, dall'area del diritto pubblico all'area del diritto privato [13], e di mutamento di tale regime, con conseguente assoggettamento dello stesso alla regolazione privatistica generale [14].

La scelta di creare una disciplina comune ai due settori assume come strumento di partenza la contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, intesa come "*valorizzazione del metodo contrattuale/bilaterale di regolazione degli interessi, rispetto alla tradizione in cui prevaleva l'unilateralismo nella regolamentazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali*" [15].

---

[12] Art. 2 l. 23 ottobre 1992, n. 421.

[13] F. LISO, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI - M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni*. *Dal D. lgs. n. 29/1993 ai D. lgs. nn. 396/1997*, *80/1998 e 387/1998*, cit., p. 177 ss.

[14] A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno?,* in A. BELLAVISTA - A. RICCOBONO (a cura di), *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo*, cit., pp. 3 ss.

[15] A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno?*, cit., pp. 11 ss.

© Wolters Kluwer Italia

Il rapporto individuale di lavoro viene così regolato contrattualmente (art. 2, co. 3), e il datore di lavoro pubblico gestisce tale rapporto con atti di natura privatistica, acquisendo le capacità ed assumendo i poteri del datore di lavoro privato (art. 4). Viene, inoltre, individuato un altro criterio direttivo: la separazione funzionale tra politica e amministrazione sancito dall'art. 3 del decreto in esame. Tale principio opera una distinzione tra indirizzo politico riservato ai vertici politici e gestione del personale affidata ai dirigenti mediante atti di natura privatistica, impostando un modello organizzativo in cui l'amministrazione sia distinta funzionalmente dagli organi di direzione politica [16], i quali definiscono gli obiettivi di programmazione, indirizzo e controllo stabiliti dalla legge, e la gestione del personale sia affidata, in via esclusiva, alla dirigenza amministrativa nel suo nuovo ruolo manageriale, valutata e responsabilizzata in ordine agli obiettivi definiti e ai risultati attesi nella gestione dell'attività amministrativa [17].

Su questa scia prosegue la seconda fase, nota come riforma Bassanini, che si apre con la l. 15 marzo 1997, n. 59. Tale stagione normativa ha come obiettivo il completamento della riforma del 1993, rinsaldando gli aspetti affrontati con la prima ondata riformatoria. Gli interventi legislativi di tale fase [18] assumono come centrale la prosecuzione del processo di uniformazione delle discipline tra pubblico e privato, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, la quale pone a carico del legislatore un onere non indifferente: "*stabilire il giusto dosaggio di regole giuridiche che garantiscano il funzionamento dell'amministrazione e il raggiungimento degli obiettivi rivolti alla tutela degli interessi pubblici*" [19].

Lo strumento per eccellenza attraverso il quale il legislatore è chiamato a farsi guidare nel dosare le regole giuridiche con i diritti e doveri dei lavoratori, siano essi pubblici o privati, per cui l'uniformazione è intrapresa, è la Carta costituzionale. Il compito del legislatore di rendere effettivo quell'"*equilibrato dosaggio di fonti regolatrici*" [20]

---

[16] R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Ravenna, 2016, pp. 287 ss.

[17] A. Bellavista, *Op. cit*., pp. 12 ss.; A. Zoppoli, *Sul nocciolo duro (ma incompiuto) della "privatizzazione" del lavoro pubblico*, in U. Gargiulo - A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, cit., pp. 67 ss.

[18] Si tratta di tre decreti correttivi (d. lgs. 4 novembre 1997, n. 396, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e d. lgs. 29 ottobre 1998, n. 387).

[19] C. cost. 22 ottobre 1997, n. 309.

[20] C. cost. 22 ottobre 1997, n. 309.

© Wolters Kluwer Italia

è dunque espressione dell'art. 97 Cost. che finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità, strumenti che consentono di realizzare l'interesse pubblico principale.

Come noto, il principio del buon andamento è ricompreso nella regola dell'efficienza, come descritta nei "*mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata*" [21], e come ricompresa nell'art. 2, co. 1, del d. lgs. 29/1993, disposizione che richiama come principi guida dell'azione amministrativa, l'ampia flessibilità e funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. Tale impostazione trova continuità negli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, tesi a valorizzare l'utilizzazione flessibile e la produttività del personale pubblico, come valori strumentali al buon andamento [22]. "*In proposito, la Corte ha osservato come per questa via il legislatore abbia inteso garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione. Dati, questi ultimi, dei quali la Corte ha sottolineato il carattere strumentale rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione*" [23].

La nozione di buon andamento diviene così inclusiva di un'ampia gamma di risultati, intesi quali articolazioni di obiettivi specifici attraverso cui si realizza la funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto a specifici compiti e attività [24].

La fase successiva, per così dire intermedia, a cavallo tra la seconda e la terza ondata di privatizzazione, prosegue sul sentiero dell'efficienza nell'amministrazione e dell'unificazione normativa tra lavoro pubblico e lavoro privato. Qui, il legislatore, con il d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, compatta in un corpo unitario, la stratificazione regolativa cumulatasi a partire dal d. lgs. 29/1998, del cui richiamato art. 2, mantiene la struttura normativa, e modifica la denominazione del desti-

---

[21] A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Biblioteca "20 Maggio"*, 1/2007, p. 64.

[22] C. cost. 18 maggio 1999, n. 171; C. cost. 4 gennaio 1999, n. 1; C. cost. 19 giugno 1998, n. 219; C. cost. 22 ottobre 1997, n. 309.

[23] C. cost. 22 ottobre 1997, n. 309.

[24] Art. 2 d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

© Wolters Kluwer Italia

natario delle norme sul lavoro pubblico, partendo dalla rubrica del decreto, non più indirizzato al pubblico impiego, ma "*al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*". In tal modo, il legislatore del 2001 sembra voler ridurre ulteriormente le distanze tra i due settori, ponendo in rilievo quell'elemento comune a pubblico e privato che è caratteristico della fattispecie classica della subordinazione (art. 2094 c.c.): l'essere il lavoro prestato alle "dipendenze" (o sotto la direzione) del datore di lavoro [25], assimilando il lavoro pubblico al modello del lavoro subordinato nell'impresa.

3. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia: il trionfo della specialità pubblica sui venti contrari del lavoro privato

La successiva fase della privatizzazione, nota come riforma Brunetta, prende avvio con la l. 4 marzo 2009, n. 15 rubricata: "*delega finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*", e trova nel d. lgs. 31 ottobre 2009, n. 150, la fonte di un processo regolativo di specializzazione del lavoro pubblico.

Quest'ultimo intervento legislativo segue l'onda efficientista della privatizzazione, inaugurando una logica punitiva a rafforzamento della ragione produttiva della amministrazione, quale nuova "impresa pubblica" erta sulla regola dell'efficienza. L'inasprimento del sistema punitivo è infatti ritenuta una necessità dal legislatore del 2009, "*al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo*" [26].

Inoltre, il potenziamento di tale logica è posto a valle della puntuale scelta del legislatore del 2009 di avviare una fase di sviluppo dell'ordinamento, incentrata sul ritorno della legge: le disposizioni del testo unico sul pubblico impiego ("t.u.p.i."), qualificate ora come imperative, vengono elevate a fonte primaria di regolazione dei rapporti di lavoro pubblico, destinate a prevalere oltre che sulle leggi regolative dei rapporti subordinati nell'impresa [27], anche sulla disciplina della contrattazione collettiva [28].

A conferma del processo di cambiamento radicale, il legislatore

---

[25] C. Pisani, *Norme fondamentali commentate di diritto del lavoro, Ordinamento sistematico*, Torino, 2023, pp. 10 ss.

[26] Art. 67 d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

[27] Art. 2, co. 2, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

[28] Art. 55, co. 2, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

© Wolters Kluwer Italia

del 2009 impianta una nuova disciplina in materia disciplinare: introduce la procedimentalizzazione nell'esercizio del potere disciplinare (art. 55 *bis*) che sarà poi perfezionata dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75, che tra l'altro sembra ricalcare il modello dell'art. 7 dello Stat. Lav., differenziandosi soltanto nelle procedure da conformare al particolare contesto pubblico [29]; inoltre, prevede una stringente disciplina di fattispecie legali di giustificazione del licenziamento pari a 6 (art. 55 *quater*) su cui poi ritornerà l'art. 15 del d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75, ampliandole a 10, per le quali è prevista "comunque" la sanzione massima del licenziamento ai sensi dell'art. 55 *quater* del decreto in esame, escludendosi, su decisione giurisprudenziale [30], qualsiasi forma di automatismo tra l'accertamento della condotta inadempiente tipizzata dal legislatore e l'applicazione del licenziamento, in base al principio di proporzionalità [31].

Ad ogni modo, la scelta del legislatore di tipizzare le condotte disciplinari del lavoratore pubblico inadempiente si pone in continuità con la spinta efficientista propria della privatizzazione. Sembra infatti che, per certi versi, vengano attenuati i profili di specialità del lavoro pubblico, quale categoria privilegiata, con l'introduzione di specifiche fattispecie, che individuano le condotte inosservanti da punirsi rigorosamente. Tale conclusione al contempo va ripensata alla luce dell'attuale versione dell'art. 2, co. 2, del t.u.p.i., in cui è trasferita la disposizione chiave della privatizzazione nel lavoro pubblico. Qui, pur confermandosi che la disciplina dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è costituita da codice civile e leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, prevale, come pocanzi accennato, l'imperatività delle diverse disposizioni del t.u.p.i. *ex* art. 2, co. 2, come modificato dall'art. 33 del d. lgs. 150/2009. Infatti, la clausola di salvezza, in un certo senso svilisce il vigore del rinvio alla disciplina del lavoro privato, e quindi, l'essenza della privatizzazione nella piena assimilazione normativa tra i due settori.

A consolidamento dell'approccio autoritario adottato dal riforma-

---

[29] F. BORGOGELLI, *Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*, in M. ESPOSITO - V. LUCIANI - A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 2021, pp. 183 ss.

[30] Cass. 27 giugno 2023, n. 18372; Cass. 18 aprile 2023, n. 10236; Cass. 22 marzo 2023, n. 8231; Cass. 20 ottobre 2022, n. 30955; Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574.

[31] A. BOSCATI, *Note sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato*, cit., p. 213 ss.

© Wolters Kluwer Italia

tore Brunetta [32] prosegue anche il successore Madia, il quale, con la l. 7 agosto 2015, n. 124, avvia la quarta stagione della privatizzazione.

Il legislatore del 2015 individua nell'art. 17 un elenco di criteri direttivi su cui intervenire al fine del rubricato "*[r]iordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*". Ai fini di questo studio, si segnala, del co. 1 dell'art. 17, specificamente, la lett. s) attraverso la quale il legislatore richiede "*l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare*".

La risposta legislativa avviene, in particolare, con gli incisivi interventi di modifica del d. lgs. 165/2001 ad opera del d. lgs. 75/2017. Quest'ultimo perfeziona la fase procedimentale, rende obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare, implementa le fattispecie legali di licenziamento con incremento da 6 a 10, ed introduce la discussa disciplina rimediale della reintegrazione universale in caso di licenziamento illegittimo [33].

Quest'ultima novità normativa assume una cruciale importanza ai fini della presente indagine per l'impatto sul principio di unificazione tra pubblico e privato. L'art. 21 del d. lgs. 75/2017 modifica infatti l'art. 63 del d. lgs. 165/2001, introducendo il regime unitario di tutele in ogni caso di licenziamento illegittimo, che sanziona il lavoratore pubblico per tutti i tipi di licenziamenti illegittimi [34], anche quelli viziati nella forma e nella procedura [35], con la reintegrazione ed il risarcimento del danno fino ad un massimo di 24 mensilità. L'art. 63 del d. lgs. 165/2017 racchiude la strategia invertita del programma di privatizzazione, in quanto il regime uniforme di tutele applicantesi solo al pubblico si pone in contrasto con la disciplina frazionata esclusiva del lavoro privato, aprendo ad una diversificazione normativa tra i due mondi, fondata sull'art. 97 Cost., come confermato dalla giurisprudenza costituzionale [36]. Il legislatore del d. lgs. n. 75/2017 nel novella-

---

[32] Cass. 27 giugno 2023, n. 18372, con nota di V. Luciani, *Le fattispecie tipizzate di licenziamento disciplinare del dipendente pubblico, il principio di proporzionalità e il divieto di motivazione implicita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2023, p. 576.

[33] V. note 5 e 8.

[34] C. Pisani, *"Non tutti i licenziamenti illegittimi sono uguali": La verità disvelata da Corte cost. n. 7/2024 e le sue ricadute*, in *ADL*, 3/2024, pp. 4 ss.

[35] C. Pisani, *Le conseguenze del licenziamento disciplinare illegittimo per violazioni procedimentali nel lavoro pubblico e privato*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, (nota a Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2015, n. 24157), pp. 150 ss.

[36] C. cost. 2 ottobre 2008, n. 351; C. cost. 16 maggio 2008, n. 146.

© Wolters Kluwer Italia

re l'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001 gode del supporto di un arresto della Corte costituzionale che "*ha ammesso la possibilità di una disciplina differenziata del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite «della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali». La pubblica amministrazione, infatti, «conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare», essendo tenuta «al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa»*" [37]. Anche se l'amministrazione sia considerabile strutturalmente analoga all'impresa privata, per quel che concerne la logica della produttività e la tutela garantita agli interessi del dipendente, in più è tenuta a curare l'interesse pubblico, cui è estranea ogni logica speculativa. Tale considerazione si colloca alla base della interpretazione elaborata dalla Corte di cassazione secondo cui, in materia di licenziamento, la diversa modulazione di tutele tra lavoro pubblico e privato deve tener conto della diversa ponderazione di interessi [38].

Ad ogni modo, l'art. 63 del t.u.p.i. colma un vuoto normativo quinquennale esistente nel lavoro pubblico a partire dalla modifica dell'art. 18 Stat. Lav. ad opera della l. 28 giugno 2012, n. 92.

Quest'ultimo intervento normativo, noto anche come legge Fornero, ha il "merito" di irrompere bruscamente sulla stabile ed unitaria disciplina di tutele in materia di licenziamento *ex* art. 18 Stat. Lav. che sanzionava uniformemente con reintegrazione e risarcimento lavoratori pubblici e privati in qualunque caso di licenziamento illegittimo. Al contrario, la l. n. 92/2012 novella la diposizione statutaria, frantumandola in plurimi regimi di tutela, e non trova applicazione al lavoro pubblico, soggetto invece alla disciplina dell'art. 18 nella sua formulazione originaria, su decisione della Corte di Cassazione [39]. Inizia così una graduale distanza tra pubblico e privato, che viene ulteriormente acuita da un successivo intervento legislativo parallelo alla quarta stagione della privatizzazione, il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (che insieme al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, rientra nella comune denominazione di *Jobs Act*). Il d. lgs. 23/2015, oltre a diversificare, in tema di tutele, gli stessi lavoratori privati in ragione della data di assunzione [40], con-

[37] C. cost. 16 maggio 2008, n. 146.
[38] Cass. 9 giugno 2016, n. 11868.
[39] Cass. 9 giugno 2016, n. 11868.
[40] Ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, si applica l'art. 18 come modi-

© Wolters Kluwer Italia

ferma l'approccio marcatamente divisivo del legislatore, indirizzandosi solo alle categorie legali del settore privato [41].

Questo complessivo quadro normativo guarda con distacco al grande progetto della privatizzazione, in quanto il suo pilastro fondamentale, l'assimilazione di disciplina tra i due settori, sembra ormai sempre più vacillare.

4. La resa dei conti: quel che resta della privatizzazione

L'analisi ha tentato di offrire, attraverso un rapido ed intenso scorrimento delle fonti normative dell'ultimo trentennio, l'immagine di un processo cangiante nel tempo, condizionato dalle scelte del legislatore di turno, a sua volta vincolato al principio del buon andamento, come confluito nella regola dell'efficienza.

Dallo studio rilevano differenti sviluppi normativi. Nelle prime due stagioni, il legislatore sembra imboccare il sentiero dell'innovatività, con approccio flessibile ed aperto al cambiamento normativo, i pilastri della riforma Amato vengono, infatti, rafforzati nella successiva riforma Bassanini. Al contrario, nelle ultime due fasi, sembra assistersi ad una operazione inversa. Il legislatore sembra optare per un ritorno alla tradizione, seguendo un approccio autoritario confermato dalla severità del riformatore Brunetta che avvia un processo di ri-pubblicizzazione del lavoro pubblico, poi proseguito dal riformatore Madia, segnando "*l'apice della distanza tra i due ordinamenti*" [42]. Si passa dall'accelerazione verso l'uniformazione legislativa, alla corsa alla deformazione dello spirito originario della riforma, e quindi alla diversificazione normativa che risulta particolarmente evidente in materia di licenziamento, ove la presenza di specifiche tipizzazioni di giustificazione da un lato, e di disciplina rimediale esclusiva dall'altro, allontanano il lavoro pubblico dalla piena assimilazione al lavoro privato.

Risulta, inoltre, difficile circoscrivere il processo di privatizzazione alle quattro stagioni di riforma proprie del lavoro pubblico, in quanto le parallele riforme del lavoro privato, di cui si è fatto cenno, inevitabilmente impattano sul principio di unificazione per l'esclusione – esplicita o implicita – o per l'inclusione parziale del lavoro pubblico dall'applicazione. Questo significativo quadro normativo, sempre in

---

ficato dalla legge Fornero, e a quelli assunti dopo questa data, gli art. 3 e 4 del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

[41] Art. 1 d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

[42] V. Luciani, *La disciplina dei licenziamenti individuali tra pubblico e privato*, cit., p. 315.

© Wolters Kluwer Italia

bilico tra rivoluzione e decozione, non rende giustizia all'intento innovativo della riforma, volta a disegnare la neolingua del pubblico impiego [43], attraverso l'adozione di una disciplina comune. Prevale quella controtendenza deviante del legislatore dalla uguaglianza tra i due settori, che consegna all'amarezza dell'interprete, il dispiacere di dover riconoscere il fallimento della "*più grande rivoluzione copernicana della legislazione*" [44], in termini di garanzia di una possibile e duratura uniformazione legislativa tra settore pubblico e privato.

[43] M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996.

[44] M. RUSCIANO, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2000, p. 1111.

© Wolters Kluwer Italia

IL DIRITTO UMANO A VIVERE IN UN AMBIENTE SANO COME INTERESSE COLLETTIVO: LA QUALITÀ DI VITTIMA E LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI *

MADDALENA PASANISI

SOMMARIO: 1. Premessa: brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia ambientale. – 2. Stato di vittima e *locus standi* nel caso *Klimaseniorinnen*. – 3. Sentenze a confronto: considerazioni sul caso *Cannavacciuolo*. – 4. Osservazioni conclusive.

Abstract: In recent decades, the climate crisis has emerged as one of the most urgent and complex challenges to be addressed at the global level. The notable surge in climate litigation cases across various Countries worldwide demonstrates the increasing pressure from civil society on governments to adopt concrete and effective climate policies. This paper aims to offer a reflection on the evolution of the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding procedural standing in environmental matters. It will focus, in particular, on the differing developments reached by the Court in the cases of *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* and *Cannavacciuolo and Others v. Italy*. In the author's view, the comparison between these two cases offers interesting insights because, on the one hand, it demonstrates the recognition of the right to a healthy environment as a collective interest within the European human rights system. On the other hand, it prompts a reflection – as has been observed by some scholars – on the ontological contradiction between the nature and purpose of climate actions – which aim to pursue collective interests for the benefit of the entire community – and the recourse to internatio-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

nal human rights treaty monitoring bodies, which, by their very nature, constitute instruments of individual justice.

1. Premessa: brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia ambientale

Storicamente, la tutela dell'ambiente e la protezione dei diritti umani sono state concepite e trattate come materie differenti e soltanto eventualmente convergenti. Negli ultimi anni, la crescente consapevolezza degli effetti che le attività antropiche hanno sull'ambiente che ci circonda ha contribuito a far riconsiderare tale premessa e a orientare la giurisprudenza delle Corti nazionali e sovranazionali verso l'elaborazione di nuove e integrate prospettive di tutela dell'ambiente e dei diritti fondamentali ad esso connessi, a fronte del riconoscimento internazionale del rapporto di interdipendenza esistente tra la salute umana e la salubrità del pianeta in cui viviamo [1].

Ne consegue la necessità di considerare la crisi climatica, nella sua triplice dimensione (cambiamenti climatici, perdita della biodiversità e inquinamento), sotto la lente dei diritti umani. Invero, come osservato dalla stessa Corte europea dei diritti umani, "*the question is no longer whether, but how, human rights courts should address the impacts of environmental harms on the enjoyment of human rights*" [2].

In assenza di espresse disposizioni convenzionali sull'ambiente, la giurisprudenza della Corte EDU in materia ambientale si è fondata prevalentemente, nel corso degli anni, sull'interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti umani, riconoscendo indirettamente il diritto a vivere in un ambiente salubre sulla base degli art. 2 e 8 CEDU [3] (rispettivamente, il diritto alla vita e il diritto al rispetto della vita privata e familiare).

---

[1] HRC Res. 16/11, "*Human Rights and the Environment*" (24 marzo 2011); HRC Res. 19/10, "*Human Rights and the Environment*" (22 marzo 2012); HRC Res. 28/11, "*Human Rights and the Environment*" (26 marzo 2015); UNGA Res. 45/53, "*Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*" (30 dicembre 2019); UNGA Res. 76/300, "*The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*" (28 luglio 2022).

[2] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland,* par. 451.

[3] C. eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *López Ostra and others v.*

© Wolters Kluwer Italia

Con riguardo all'art. 2, in più casi la Corte ha accertato la violazione del diritto alla vita a causa di danni o disastri ambientali che hanno determinato la morte delle persone coinvolte, ravvisando nella suddetta disposizione l'obbligo positivo per gli Stati di dotarsi di un apparato legislativo e amministrativo adeguato, che preveda misure di valutazione e mitigazione dei rischi ambientali, al fine di salvaguardare la vita umana [4].

Contestualmente, a partire dal caso *Lopez Ostra v. Spain*, l'art. 8 CEDU è diventata la norma di riferimento per la tutela di un più ampio insieme di interessi che possono essere pregiudicati da un ambiente inquinato, come il benessere personale, la qualità della vita e il godimento della propria casa, affermando l'obbligo degli Stati di adottare ogni misura necessaria a proteggere il diritto delle persone al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, mentre per dimostrare una violazione dell'art. 2, solitamente si richiede l'esistenza di un danno o un rischio "*reale e imminente*" per la salute o la vita del ricorrente [5], per l'art. 8 è sufficiente provare una diminuzione del livello di qualità della vita o del benessere della persona [6].

Quanto alle condizioni dell'azione necessarie per adire la Corte e denunciare una violazione di uno o più diritti umani, l'art. 34 CEDU stabilisce che una persona fisica, un gruppo di privati e un'organizzazione non governativa, per poter presentare ricorso, debbano dimostrare di essere vittime della violazione contestata. La parola "*vittima*", ai sensi della disposizione citata, ricomprende sia i soggetti direttamente

---

Spain; C. eur. dir. uomo, 19 febbraio 1996, ric. n. 14967/89, *Guerra and others v. Italy*; C. eur. dir. uomo, 2 agosto 2003, ric. n. 41666/98, *Kyrtatos v. Greece*; C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2009, ric. n. 67021/01, *Tătar v. Romania*; C. eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, ric. n. 30765/08, *Di Sarno and others v. Italy*; C. eur. dir. uomo, 13 luglio 2017, ric. n. 38342/05, *Jugheli and others v. Georgia*; C. eur. dir. uomo, 24 gennaio 2019, ric. nn. 54414/13 e 54264/15, *Cordella and others v. Italy*; C. eur. dir. uomo, 11 ottobre 2022, ric. n. 6142/18, *Kotov and others v. Russia*.

[4] C. eur. dir. uomo, 30 novembre 2004, ric. n. 48939/99, *Öneryıldız v. Turkey*; C. eur. dir. uomo, 20 marzo 2008, ric. n. 15339/02, *Budayeva and others v. Russia*; C. eur. dir. uomo, 17 novembre 2015, ric. nn. 14350/05, 15245/05 e 16051/05, *Özel and others v. Turkey*.

[5] C. eur. dir. uomo, 20 dicembre 2004, ric. n. 50385/99, *Makaratzis v. Greece*, par. 49-55; C. eur. dir. uomo, 24 luglio 2014, ric. nn. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, *Brincat and others v. Malta*, par. 82-4; C. eur. dir. uomo, 28 febbraio 2012, ric. nn. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 e 35673/05, *Kolyadenko and others v. Russia*, par. 150-155.

[6] C. eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *Lopez Ostra and others*, cit., par. 51; C. eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, ric. n. 30765/08, *Di Sarno and others v. Italy*, cit., par. 108.

© Wolters Kluwer Italia

lesi dalla presunta violazione della Convenzione (vittime dirette), sia quelli che ne siano indirettamente colpiti (vittime indirette), sia coloro che lo siano solo potenzialmente (vittime potenziali) [7].

In questo senso, il compito della Corte non è quello di valutare se una norma violi in astratto la Convenzione, bensì determinare se la misura adottata (o non adottata) dallo Stato convenuto in giudizio abbia realizzato in concreto una violazione di uno o più diritti umani convenzionalmente tutelati [8].

Coerentemente, sulla base del generale divieto dell'*actio popularis*, la prassi seguita dalla Corte è quella di ritenere inammissibili i ricorsi presentati in difesa di un interesse pubblico generale. Tuttavia, al fine di garantire l'accesso alla giustizia e l'effettiva tutela dei diritti convenzionalmente riconosciuti, in alcuni casi, come vedremo nei seguenti paragrafi, la Corte ha ammesso che, in presenza di circostanze eccezionali, un terzo soggetto – spesso un'associazione – agisca in giudizio in mancanza di espresso mandato e senza la qualità di vittima.

2. Stato di vittima e *locus standi* nel caso *Klimaseniorinnen*

Il noto caso *Klimaseniorinnen* ha costituito il primo contenzioso climatico sottoposto al vaglio della Corte europea dei diritti umani, la quale, esaminando la questione sotto il profilo dell'art. 8 CEDU, ha constatato la violazione, da parte del governo convenuto, della richiamata disposizione, ravvisandovi l'obbligo positivo degli Stati di adottare tutte le misure necessarie a contrastare il cambiamento climatico.

La Corte, in diversi passaggi della sentenza, ha dichiarato di trovarsi di fronte a problematiche nuove che non potevano essere affrontate solamente sulla base della propria precedente giurisprudenza in materia ambientale [9], richiedendo un approccio diverso, che tenesse conto della peculiarità e delle caratteristiche proprie del contesto climatico [10].

---

[7] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others,* cit., par. 463.

[8] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 460.

[9] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 414-415 e 410-457.

[10] R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritti umani e cambiamento climatico: brevi note sulla sentenza Klimaseniorinnen della Corte di Strasburgo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2024.

© Wolters Kluwer Italia

Invero – diversamente dalla questione ambientale in cui il danno e i suoi effetti sono solitamente identificabili più facilmente perché risultano circoscritti a determinati contesti – le fonti inquinanti che contribuiscono alla crisi climatica sono molteplici e diversificate e, in quanto tali, pongono evidenti difficoltà per la ricostruzione del nesso causale, per l'accertamento dello *status* di vittima dei ricorrenti e la conseguente quantificazione del danno.

Tanto considerato, la Corte ha affermato che la nozione di vittima non deve essere applicata in modo rigido e inflessibile, ma va interpretato in senso evolutivo, alla luce delle condizioni della società contemporanea [11].

Così, constatando che ogni essere umano può ritenersi potenzialmente vittima del cambiamento climatico e potrebbe pertanto proporre ricorso, la Corte esclude l'applicabilità della nozione di vittima potenziale perché questa, a suo giudizio, non rappresenterebbe un criterio efficace [12] a limitare il numero dei ricorsi ("*a huge number of persons could claim victim status under the Convention on this basis*") [13]. Nega, pertanto, la sussistenza dello *status* di vittima delle quattro ricorrenti individuali, stabilendo che, per integrare la qualità di cui all'art. 34 CEDU, sia necessario dimostrare l'esistenza di un'elevata intensità di esposizione agli effetti negativi del cambiamento climatico, la gravità significativa del rischio di conseguenze negative dell'azione o inazione governativa, nonché l'urgente necessità di garantire la protezione individuale del ricorrente [14].

La Corte giustifica l'individuazione di un onere probatorio particolarmente puntuale con l'esigenza di rispettare il divieto dell'*actio popularis*, che, a parere dei giudici, resterebbe disatteso se tutte le potenziali vittime dell'inazione climatica dei governi presentassero ricorso per violazione della Convenzione [15].

Questa motivazione, come autorevolmente rappresentato [16], sem-

---

[11] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others,* cit., par. 461.

[12] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 485.

[13] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others,* cit., par. 483.

[14] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others,* cit., par. 487.

[15] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others,* cit., par. 488.

[16] L. Acconciamessa, *"Non aprite quella porta": status di vittima e legittimazio-*

© Wolters Kluwer Italia

brerebbe rispondere più a ragioni (pienamente comprensibili) di politica giudiziaria volte ad evitare un eccessivo numero di ricorsi (c.d. *floodsgates argument*), piuttosto che all'intento, dichiarato dalla Corte, di arginare un'*actio popularis*, che, come rilevato dal giudice Eicke nella sua opinione parzialmente dissenziente, sembrerebbe di fatto essere stata ammessa, laddove la Corte ammette, in ragione della eccezionalità del contesto climatico, la legittimazione ad agire dell'associazione non solo nell'interesse dei propri associati, ma anche del pubblico in generale, indipendentemente dallo *status* di vittima.

A ben vedere, la decisione della Corte rappresenta il risultato prevedibile di un'evoluzione della giurisprudenza europea dei diritti umani in materia ambientale che, in parte, lasciava presagire il formarsi di un simile orientamento [17].

Nel caso *Asselbourg and others v. Luxembourg* [18], ad esempio, la Corte affermava che "*the association may only act as a representative of its members or employees, in the same way as, for example, a lawyer represents his client*", mostrandosi favorevole alla possibilità che le associazioni rappresentino i propri associati, anche senza essere vittime delle violazioni contestate.

Successivamente, in altri casi la Corte ha ammesso che, in circostanze eccezionali, le associazioni agissero nell'interesse della vittima impossibilitata a tutelarsi autonomamente in giudizio per il grave stato di vulnerabilità in cui versava, in assenza di altre persone legittimate o per mancata nomina da parte dello Stato di un rappresentante legale o per omessa vigilanza sulla vittima nei procedimenti interni da parte del rappresentante nominato [19].

Analogamente, in *Klimaseniorinnen* [20], per le peculiarità del contesto climatico, la Corte ha riconosciuto, a determinate condizioni, la

---

ne ad agire davanti alla Corte europea dei diritti umani in materia climatica, in *Dir. uomo*, 3/2024, pp. 503- 530.

[17] L. MAGI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire delle associazioni davanti alla Corte Edu in due recenti pronunce in materia di cambiamento climatico e danni ambientali gravi e diffusi,* in *Oss. fonti,* 2/2025. Disponibile su *www.osservatoriosullefonti.it*.

[18] C. eur. dir. uomo, 19 giugno 1999, ric. n. 29121/95, *Asselbourg and others v. Luxembourg.*

[19] C. eur. dir. uomo, 17 luglio 2014, ric. n. 47848/08, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*; C. eur. dir. uomo, 23 gennaio 2020, ric. n. 38067/15, *L.R. v. North Macedonia*.

[20] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 498 ("*it may be possible for an association to have standing before the Court despite the fact that it cannot itself claim to be the victim of a violation of the Convention*").

© Wolters Kluwer Italia

possibilità che le associazioni agiscano come rappresentanti degli individui i cui diritti sono o saranno presumibilmente danneggiati [21].

In tal senso, l'associazione deve dimostrare di essere legalmente costituita e avere capacità di agire in giudizio nella giurisdizione dello Stato convenuto; deve perseguire uno scopo coerente con i suoi obiettivi statutari volto alla difesa dei diritti umani dei suoi associati o di altri individui nell'ambito della giurisdizione dello Stato convenuto e deve essere sufficientemente rappresentativa per agire a nome dei suoi associati o di altri individui nell'ambito della giurisdizione dello Stato, che sono soggetti a minacce specifiche del cambiamento climatico riguardo la loro vita, salute o benessere come protetti dalla Convenzione.

Questa decisione sembra riflettere la volontà della Corte di aprire le porte a una maggiore tutela dei diritti umani che coincidono con interessi diffusi, trattandosi in questo caso, del diritto di ogni essere umano a vivere in un pianeta sano e a pretendere l'adozione, da parte degli Stati, di politiche climatiche idonee a contrastare gli effetti della crisi climatica, conformemente agli accordi internazionali sul clima.

Peraltro, la Corte ha evidenziato come, in questo contesto, la condivisione dei costi tra generazioni assuma particolare importanza e l'azione collettiva attraverso associazioni o altri gruppi di interesse possa essere uno dei pochi mezzi attraverso cui dar voce a coloro che versano in una posizione di svantaggio rappresentativo [22].

3. Sentenze a confronto: considerazioni sul caso *Cannavacciuolo*

È interessante considerare la sentenza fin qui esaminata, insieme al recente caso *Cannavacciuolo,* alla luce delle analogie e delle differenze rilevate dalla Corte.

Invero, mentre nel primo caso lo Stato convenuto è condannato per non aver adottato tutte le misure necessarie a contrastare il cambiamento climatico, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, nel secondo la Corte ravvisa una violazione dell'art. 2 CEDU e perviene alla condanna dello Stato per non aver adottato tutte le misure necessarie a salvaguardare la vita delle persone residenti nell'area inquinata [23].

---

[21] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 502.

[22] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 489.

[23] La questione sottoposta alla Corte era stabilire se le autorità avessero omesso di adottare misure adeguate e sufficienti per tutelare le vite dei ricorrenti che vivevano

© Wolters Kluwer Italia

Diversamente da quanto visto sopra per *Klimaseniorinnen*, la Corte in *Cannavacciuolo* riconosce la qualità di vittima dei ricorrenti individuali ed esclude il *locus standi* delle associazioni, decidendo così di limitare l'approccio estensivo adottato nel primo caso al solo contesto del cambiamento climatico.

Nel negare la legittimazione delle associazioni ricorrenti, la Corte fa un passo indietro nel riconoscimento del diritto a un ambiente sano giustiziabile come interesse collettivo, ribadendo la regola generale in base alla quale un'associazione non può lamentare la violazione di diritti che per loro natura possono essere esercitati solo da persone fisiche [24].

I giudici decidono di considerare il caso alla stregua dell'art. 2 CEDU (ritenendo in esso assorbito il dettato dell'art. 8), in ragione della gravità e della natura diffusa e sistemica dell'inquinamento denunciato, che non solo ha causato una diminuzione del benessere o della qualità della vita dei ricorrenti, ma ha determinato un aumento dell'incidenza di tumori e dei tassi di mortalità degli abitanti delle aree inquinate, a causa dello smaltimento illegale di rifiuti e dell'esistenza di discariche abusive, che hanno compromesso la salubrità del suolo, dell'aria e delle falde acquifere locali [25].

Nell'applicare l'art. 2 CEDU – e qui risiede il profilo maggiormente innovativo della sentenza rispetto alla precedente giurisprudenza [26] – la Corte non richiede la prova scientifica del danno o del "*rischio reale e imminente*" subito dai ricorrenti, ritenendolo presunto, viste le circostanze del caso di specie [27], che, a parere dei giudici, si distingue dagli altri casi di degrado ambientale in ragione del carattere diffuso e non localizzabile dell'inquinamento. Al tempo stesso, però, si distingue dal contesto climatico perché non presenta le caratteristi-

---

in aree della Regione Campania (nello specifico tra le province di Napoli e Caserta, zona comunemente nota come "*Terra dei Fuochi*"), interessate da un fenomeno di inquinamento su vasta scala, derivante dallo sversamento e dall'interramento illegali e/o dall'abbandono incontrollato di rifiuti pericolosi, speciali e urbani, associato spesso al loro incenerimento.

[24] C. eur. dir. uomo, 30 gennaio 2025, ric. n. 51567/14, *Cannavacciuolo and others v. Italy*, par. 216.

[25] C. eur. dir. uomo, 30 gennaio 2025, ric. n. 51567/14, *Cannavacciuolo and others*, cit., par. 21, 25, 57, 73.

[26] La Corte, sotto tale profilo, si è discostata rispetto a quanto affermato nelle sue precedenti sentenze *Cordella v. Italy* del 24 gennaio 2019 sul caso "Ilva" di Taranto e *Locascia and others v. Italy* del 19 ottobre 2023 (nelle quali, in contesti simili, aveva riconosciuto la violazione dell'art. 8 della Convenzione).

[27] C. eur. dir. uomo, 30 gennaio 2025, ric. n. 51567/14, *Cannavacciuolo and others,* cit., par. 375.

© Wolters Kluwer Italia

che eccezionali della crisi climatica, che costituisce una "*preoccupazione comune dell'umanità*" [28].

Pertanto, se sul piano processuale, in *Cannavacciuolo*, la Corte accoglie un approccio restrittivo per il *locus standi* delle associazioni, sul piano sostanziale estende la tutela di cui all'art. 2 CEDU a un caso di inquinamento sistemico e diffuso che, analogamente a quanto considerato per il contesto climatico, pone il problema della condivisione dei costi intergenerazionali e del difficile accertamento della causalità.

4. Osservazioni conclusive

In conclusione, il confronto tra i due casi in esame sembra evidenziare ancor più chiaramente l'urgente necessità di condannare tutte le violazioni che, per la loro natura sistemica e diffusa, pregiudicano irrimediabilmente il godimento sia di diritti individuali sia di interessi collettivi, essendo la Corte chiamata a valutare se ed entro quali limiti la Convenzione europea dei diritti umani possa assurgere a strumento idoneo a rispondere alle istanze di giustizia sociale rappresentate dalla comunità.

Il legame di interdipendenza tra la vita umana e l'ambiente sembra essere recepito dalla Corte EDU in sede di tutela giurisdizionale e confermata dalla scelta dei giudici di adottare, per la prima volta su questioni ambientali, la procedura della sentenza pilota [29] in *Cannavacciuolo*, ai sensi dell'art. 46 CEDU. In questo senso, la novità più significativa delle sentenze qui esaminate va individuata, come esposto sopra, nell'ampliamento dell'ambito di tutela; in *Klimaseniorinnen* attraverso una più ampia legittimazione processuale delle associazioni, in *Cannavacciuolo*, sul piano sostanziale, con l'applicazione dell'art. 2 CEDU, in base al principio di precauzione.

E, in entrambi i casi, con l'attenuazione dell'onere probatorio in capo al ricorrente circa il nesso di causalità.

Tuttavia, c'è da dire che il carattere eccezionale dei casi sopra esaminati evidenzia i limiti che ancora esistono nel sistema europeo di garanzia giudiziaria dei diritti umani, che ad oggi sembra funzionare più

---

[28] C. eur. dir. uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others*, cit., par. 489.

[29] Recepita dall'Italia con la l. 3 ottobre 2025, n. 147, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 8 agosto 2025, n. 116 recante "*Disposizioni urgenti per il contrasto alle attività illecite in materia di rifiuti, per la bonifica dell'area denominata Terra dei fuochi, nonché in materia di assistenza alla popolazione colpita da eventi calamitosi*".

© Wolters Kluwer Italia

per eccezioni che per regole, specialmente nei casi di danni ambientali che colpiscono la collettività.

Rimane, pertanto, l'esigenza di inquadrare con maggiore chiarezza il contenuto del diritto a un ambiente sano per definirne il relativo ambito di tutela, in armonia con il principio di legalità e con le esigenze di certezza del diritto.

In tal senso resta auspicabile l'adozione, non solo a fronte della raccomandazione della Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 2021 [30], ma altresì alla luce della risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 76/300 del 2022 [31] e del recente parere della Corte internazionale di giustizia del luglio 2025 [32], di un protocollo addizionale alla CEDU, per integrare una maggiore e autonoma tutela del diritto a un ambiente sano nel sistema europeo dei diritti umani, che tenga conto anche della sua applicazione nel contesto climatico, laddove l'interesse pubblico a vivere in un ambiente sano è, oggi più che mai, condiviso a livello internazionale.

[30] PACE, Rec. 2211(2021), "*Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*".

[31] UNGA Res. 76/300, "*The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*", cit.

[32] I.C.J., "*Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*", n. 2025/36, 23 luglio 2025.

© Wolters Kluwer Italia

EQUITÀ INTERGENERAZIONALE E CAMBIAMENTI CLIMATICI: IL DIRITTO DELLE GENERAZIONI FUTURE A CRESCERE IN UN AMBIENTE SANO. CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL PARERE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA DEL 23 LUGLIO 2025 *

AMBRA CAMILLERI

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: i diritti delle generazioni future. – 2. Il contesto internazionale ed europeo. – 3. Le generazioni future nel parere della Corte internazionale di giustizia del 23 luglio 2025 sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamenti climatici. – 4. Quale spazio per le generazioni future? Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Abstract: This paper examines the evolution of environmental protection for future generations in the international and european law. In last decades, there has been an increase in the *duty of care* of States, which are tasked with adopting specific measures to prevent and reduce the damages resulting from human activities affecting the climate and the environment. These measures must necessarily be long-term oriented, to protect even the next generations, who will suffer the most severe consequences of climate change. The International Court of Justice (ICJ), in its Advisory Opinion on States' obligations regarding climate change, filed on July 23, 2025, places particular emphasis on the issue of intergenerational equity, which expresses the idea that present generations are the guarantors of humanity, charged with preserving decent living conditions and transmitting them to future generations.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. Introduzione al tema: i diritti delle generazioni future

Il tema della tutela ambientale delle generazioni future si sta facendo sempre più strada nel dibattito giuridico internazionale ed europeo, essendo direttamente collegato, da un lato, alla crescente sensibilità in materia ambientale, dall'altro, all'emergenza che connota gli eventi climatici estremi.

La finalità delle norme che compongono il *corpus* del "c.d. diritto ambientale" è assicurare una tutela ampia del bene giuridico *ambiente*, che vada ben oltre i confini nazionali e che superi anche quelli temporali [1] (c.d. tutela di lungo periodo delle norme del diritto ambientale [2]).

Il diritto internazionale riveste un ruolo chiave nella lotta ai cambiamenti climatici e nella tutela dell'ambiente: in particolare, la *cooperazione internazionale* rappresenta uno strumento duttile, idoneo a prevenire e contrastare i danni ambientali, penetrando nelle legislazioni dei singoli Stati, principalmente tramite l'utilizzo di Convenzioni quadro [3]. Tali strumenti, tuttavia, possono risultare inidonei a contrastare i cambiamenti climatici, specie a fronte di una politica ambientale statale inefficace degli Stati parte della Convenzione.

Sotto questo profilo, un tema oggi ampiamente dibattuto riguarda l'effettività delle norme internazionali poste a tutela dell'ambiente, specie in conseguenza di specifici obblighi giuridici rimasti inattesi da parte dei cc.dd. "grandi inquinatori", in grado di incidere significativamente sull'equilibrio ambientale [4].

A fronte di tali omissioni e negligenze, insorgono sia i piccoli Stati insulari in via di sviluppo, irreversibilmente segnati dall'innalzamento del livello delle acque causato dall'aumento delle temperature globali, sia le giovani generazioni, maggiormente colpite da eventi atmosferici estremi.

I più giovani, in particolare, contestano la comparsa di nuove pa-

---

[1] F. CIRILLO, *La sostenibilità come diritto delle generazioni presenti?*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del convegno SIRD Milano, 22 aprile 2022*, Torino, 2022, pp. 139 ss.

[2] Sul punto, v. M. CECCHETTI, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in S. BARONCELLI (a cura di), *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo*, in *Federalismi.it*, 7/2020, p. 101 ss.

[3] La UNFCCC, Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, entra in vigore il 21 marzo 1994 e attualmente conta 198 parti.

[4] Al riguardo, i quesiti sottoposti alla Corte internazionale di giustizia, che hanno dato impulso al parere consultivo del 23 luglio 2025, sono relativi proprio all'identificazione degli obblighi giuridici esistenti in capo agli Stati e alle conseguenze dell'inosservanza di tali obblighi. Il parere è disponibile su: *https://www.icj.org*.

© Wolters Kluwer Italia

tologie correlate al mutamento del clima, nonché una violazione del più generale diritto di autodeterminarsi circa innumerevoli aspetti della vita futura.

La tutela dell'ambiente è rivolta non solo a chi è già esistente e dotato di propria capacità d'agire, ma anche a chi è giovanissimo o, meglio, a chi non è ancora venuto ad esistenza [5]. Del resto, è inconfutabile che proprio sui più giovani e, ancora di più, sulle generazioni a venire ricadranno gli effetti principali delle politiche ambientali adottate oggi.

La connotazione per così dire "universale" del diritto ambientale pone non pochi problemi, atteso che la capacità protettiva di queste norme è intesa dunque non solo nella dimensione *spaziale* di cui si è detto sopra, ma anche *temporale*, dovendo considerare gli effetti a lungo termine delle politiche ambientali, specie verso le generazioni future.

Naturalmente, tali effetti di lungo periodo scontano il rischio di creare conflitti – apparenti o reali – con altri beni giuridici e interessi di breve termine, che spesso captano maggiore consenso elettorale [6].

Il punto è comprendere se le politiche ambientali debbano prevedere uno specifico riferimento alla tutela delle generazioni future e quale sia l'*ubi consistam* di tale riferimento.

La dottrina è divisa circa il fondamento teorico del riconoscimento di una forma di tutela delle generazioni future, tutela differente rispetto a quella delle generazioni presenti [7].

Al riguardo, se alcuni parlano di veri e propri *diritti* [8]; altri studiosi, invece, fanno leva sui *doveri* [9] delle generazioni presenti di preservare l'ambiente per le generazioni future; altri ancora, infine, utilizzano la nomenclatura *interesse* [10], al fine di scongiurare l'utilizzo di categorie dogmatiche che svelerebbero insuperabili aporie di fondo.

---

[5] Per un approfondimento del tema, v. T. Scovazzi, *I diritti delle generazioni future nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente*, in P. Pantaleone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide, e prospettive per Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021, Modena, 2021, pp. 70 ss.

[6] Per un approfondimento, v. F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, p. XIX.

[7] R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, pp. 42 ss.

[8] V. A.-A.P. Bruhl, *Justice Unconceived: How Posterity Has Rights*, in *Yale J. L. & Human.*, 14/2002, pp. 393 ss.

[9] Cfr., *ex multis*, F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 13 ss.

[10] La Costituzione italiana, recentemente novellata dalla l. cost. 1 del 2022, ad

© Wolters Kluwer Italia

Del resto, quest'interesse è legato ad un bene giuridico, quale l'ambiente, che riveste spiccata connotazione collettiva e potrebbe risultare fuorviante attribuire la nomenclatura *diritto* a una situazione giuridica soggettiva non differenziata e "adespota".

Nel diritto civile, al di là della materia successoria, il dibattito sul riconoscimento della tutela giuridica del concepito e della configurabilità di un *diritto a non nascere se non sano*, ha dato luogo ad un contrasto interpretativo, risolto con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22 dicembre 2015, n. 25767.

Per le SS.UU., tale diritto non è configurabile, in quanto sarebbe "adespota", in assenza di un suo titolare e, inoltre, non potrebbe mai essere esercitato, perché ogni esercizio da parte del titolare presuppone che la violazione del diritto sia già avvenuta (con la nascita, appunto).

Alcune di tali argomentazioni potrebbero essere trasposte alla tutela ambientale delle generazioni future: è vero, infatti, che solo quando le generazioni *future* verranno ad esistenza (e non si potranno più definire tali) potranno lamentare *deficit* di tutela, ma nella loro qualità di generazioni *presenti*. Fino al momento prima, invece, diviene difficile azionare forme di tutela che abbiano la consistenza del *diritto soggettivo* nei confronti di chi non è ancora nato.

Per superare tali critiche, spesso si abbraccia la tesi di chi fa leva sui *doveri* delle generazioni presenti nei riguardi di quelle future.

Ciò può valere ad una condizione: che il *nomen iuris* non sia ostativo al riconoscimento di una protezione effettiva. È pacifico, infatti, che il "futuro" diviene oggi una dimensione da preservare [11].

In tal senso, nella Costituzione tedesca, l'art. 20 *Grundgesetz* – collocato tra le disposizioni relative agli obiettivi dello Stato – ha contenuto precettivo direttamente vincolante, sebbene la tutela delle generazioni future ivi prevista non abbia la configurazione del diritto soggettivo.

Tale disposizione è stata recentemente invocata a sostegno delle generazioni future. Infatti, il *Bundesverfassungsgericht*, con una recente ordinanza, ha giudicato incostituzionale – per contrasto con l'art. 20 *Grundgesetz* – la legge federale sul clima del 12 dicembre 2019 [12], per violazione del principio di proporzionalità, che richiederebbe una ridu-

---

esempio, utilizza la locuzione "*interesse*" *delle generazioni future*. Per una disamina approfondita del novellato art. 9 Cost., v. tra gli altri M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Cortisupremeesalute.it*, 1/2022, pp. 127 ss.

[11] R. BIFULCO, *Op. cit.*, p. 122.

[12] Sul punto, R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro* (*BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritticomparati.it*, 1° luglio 2021. Sulla portata innovativa della

© Wolters Kluwer Italia

zione delle emissioni di CO2 equamente distribuita nel tempo, "*in una prospettiva orientata al futuro*" [13].

I ricorrenti chiedevano alla Corte di intervenire per porre rimedio alle storture della legge sul clima, che – imponendo misure di riduzione delle emissioni di gas serra non sufficientemente incisive fino al 2030 – avrebbe comportato pesanti limitazioni per le generazioni viventi dal 2031 in poi, per conseguire gli obiettivi dell'Accordo di Parigi ed il raggiungimento della neutralità climatica nel 2050.

Per effetto della declaratoria di incostituzionalità, il Parlamento nazionale ha dovuto riformulare la legge sul clima del 2019, aderendo al dettato del *Bundesverfassungsgericht*, che prevedeva la correzione delle misure di riduzione di emissione gas serra sino ad allora introdotte, con un adeguato sistema di riduzione delle emissioni inquinanti fino al 2050.

Tale decisione è sintomatica dell'emersione di una protezione di lungo periodo dell'ambiente orientata *anche* nell'interesse delle generazioni future; inoltre, denota come la qualificazione giuridica (*diritto/dovere*) non sia d'ostacolo alla protezione di chi non è venuto ad esistenza, trovando adeguata tutela nelle norme che le Carte costituzionali rivolgono al legislatore.

2. Il contesto internazionale ed europeo

Nel diritto internazionale, un principio diffusamente utilizzato è quello di *sviluppo sostenibile*, la cui definizione è contenuta nei lavori della Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo (c.d. Commissione Brundtland) [14], che lo ha definito come "*the development that meets the needs of the present without compromising the needs of the future generations*".

Nonostante i numerosi tentativi di revisione adoperati dal 1987 ad oggi, tale definizione è quella ancora oggi valevole a livello generale, perché richiama in modo trasversale alla responsabilità intergenerazionale, alla necessità che ogni forma di sviluppo che si definisca "*soste-*

---

sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, v. R. Bin, *La corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021.

[13] Sul punto, M. Pignataro, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021.

[14] Cfr. *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development (c.d. "*Brundtland Commission*"), 1987, par. 27, allegato al documento dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite A/42/427, *Development and International Cooperation: Enviroment*, 2 August 1987, p. 8.

© Wolters Kluwer Italia

nibile" tenga conto dell'interesse delle generazioni presenti come di quelle future.

Come recentemente chiarito dalla Corte internazionale di giustizia, il principio dello sviluppo sostenibile "*guida l'interpretazione di alcuni trattati e la determinazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario*" [15].

Il *principio di equità intergenerazionale* è inteso quale fondamento della nozione di sviluppo sostenibile.

Negli anni '80, E. Brown Weiss ricondusse l'equità intergenerazionale all'istituto giuridico del *trust*, per cui le generazioni presenti (quali *beneficiarie*) sono autorizzate ad utilizzare le risorse ambientali, ma allo stesso tempo (quali *custodi*) sono tenute a riconsegnare tali risorse in condizioni *non deteriori* rispetto a quelle in cui le hanno ricevute [16].

Anche se non esiste uno strumento giuridico internazionale che definisca l'equità internazionale nei suoi *elementi strutturali*, tale principio viene richiamato dall'art. 3, par. 1, della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), nonché dal Preambolo dell'Accordo di Parigi e oggi va assumendo sempre maggiore importanza nel diritto internazionale ambientale.

Volgendo lo sguardo all'Unione europea, i Trattati [17] contengono numerosi richiami alla materia ambientale e, in particolare, al tema delle generazioni future [18] e a quello dello sviluppo sostenibile [19].

---

[15] Così, par. 147 del parere della Corte internazionale di giustizia del 23 luglio 2025.

[16] Sul punto, v. E. BROWN WEISS, *Intergenerational equity*, in *MPEPIL*, 2013, disponibile su: *https://opil.ouplaw.com*.

[17] Con il Trattato di Lisbona del 2007, i cambiamenti climatici e lo sviluppo sostenibile divengono una priorità nella politica dell'Unione; inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione acquisisce personalità giuridica per la conclusione di trattati internazionali. Va precisato, comunque, che il percorso di riconoscimento della competenza dell'Unione europea in materia ambientale è stato graduale, attraversando diverse tappe: nel 1987, l'Atto unico europeo introduce il nuovo "Titolo Ambiente" (titolo VII); nel 1993, il Trattato di Maastricht rende l'ambiente (titolo XVI) un settore strategico ufficiale dell'UE; nel 1999, il Trattato di Amsterdam impone l'integrazione della tutela dell'ambiente in tutte le politiche settoriali dell'UE, per promuovere lo sviluppo sostenibile.

[18] V., al riguardo, il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che sancisce che il godimento di tali diritti "*fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*"; l'art. 3 TUE, ai sensi del quale "*l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore*".

[19] Cfr., sul punto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui

© Wolters Kluwer Italia

Peraltro, l'Unione, divenendo direttamente parte contraente di trattati internazionali in materia ambientale, nel tempo ha rivestito il ruolo di pioniera nella lotta ai cambiamenti climatici, ad esempio tramite il perseguimento della c.d. *neutralità climatica*, per conseguire gli obiettivi fissati nell'Accordo di Parigi.

Infine, il periodo *post pandemico* ha inaugurato una stagione di riforme, volte al superamento della crisi economica e sociale causata dalla pandemia da *Coronavirus*, tramite massivi finanziamenti orientati al perseguimento di una specifica *vision.*

Si è dato, così, avvio al pacchetto di incentivi varato dalla Commissione europea sotto il nome di *Next Generation EU*, destinato ad intervenire su alcuni settori critici.

Tra gli obiettivi della riforma risaltano, in particolare: *transizione verde*, trasformazione digitale, coesione sociale e territoriale, *politiche per le generazioni future*, crescita intelligente, *sostenibile* e inclusiva, salute e resilienza economica, sociale e istituzionale.

3. Le generazioni future nel parere della Corte internazionale di giustizia del 23 luglio 2025 sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamenti climatici

Come già anticipato, con il parere reso lo scorso 23 luglio 2025 [20], la Corte internazionale di giustizia (CIG) si è occupata nello specifico del tema relativo agli obblighi degli Stati in materia di cambiamenti climatici.

E, infatti, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione n. 77/276, ha sottoposto un'istanza di parere alla Corte internazionale di giustizia, su iniziativa di Vanuatu e di altri piccoli Stati insulari, che lamentavano l'inadeguatezza degli impegni sul clima assunti dalla comunità internazionale.

Alla luce del diritto internazionale, che prevede al suo interno specifici obblighi di prevenzione e di cooperazione, gli istanti chiedevano un pronunciamento della Corte che – pur non avendo efficacia vincolante – potesse conferire maggiore certezza agli obblighi giuridici rimasti disattesi dagli Stati.

Conseguentemente, l'Assemblea generale sottoponeva alla Corte internazionale di giustizia il seguente quesito:

Preambolo sancisce che "*L'Unione [...] cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile*".

[20] Disponibile su: *https://www.icj-cij.org*.

© Wolters Kluwer Italia

"(a) Quali sono gli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale per garantire la protezione del sistema climatico e di altre parti dell'ambiente [...] per gli Stati e per le generazioni presenti e future?

(b) Quali sono le conseguenze giuridiche derivanti da tali obblighi per gli Stati quando, con i loro atti e omissioni, hanno causato danni significativi al sistema climatico e ad altre parti dell'ambiente, rispetto a:

(i) Stati, compresi, in particolare, i piccoli Stati insulari in via di sviluppo [...]?

(ii) Popoli e individui delle generazioni presenti e future colpiti dagli effetti negativi dei cambiamenti climatici?".

L'ampiezza delle questioni affrontate, naturalmente, non può essere oggetto di compiuto approfondimento in questa sede.

Tuttavia, è bene precisare come il parere reso dalla Corte rappresenti l'occasione per ricostruire gli sforzi compiuti dalla comunità internazionale (il parere ripercorre storicamente le tappe fondamentali della cooperazione internazionale in materia di lotta ai cambiamenti climatici) e per sottolineare l'importanza dell'evidenza scientifica, che non lascia ombra di dubbio sull'urgenza di un intervento su scala globale, al fine di contrastare i danni derivanti da tali cambiamenti.

Dunque, pur se giuridicamente non vincolante, il parere sembra destinato a elencare il nuovo decalogo degli obblighi giuridici in materia di cambiamenti climatici e le conseguenze, che incombono sugli Stati, dall'eventuale inosservanza di tali obblighi.

Con riguardo, invece, al tema della tutela delle generazioni future e dell'equità intergenerazionale, la Corte non si spinge fin dove avrebbe potuto, non rispondendo direttamente ai quesiti sottoposti dall'Assemblea generale in materia di generazioni future [21].

In primo luogo, non viene fatta menzione dell'emersione di un *diritto* delle generazioni future, come se la CIG non avesse riconosciuto alcun valore normativo a tale nozione [22].

---

[21] Per una disamina del tema, v. R. MARCONI, *Giustizia climatica: per chi? Le future generazioni nel parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sul cambiamento climatico,* in *Diritticomparati.it*, 30 settembre 2025, p. 3, secondo cui: "*le 133 pagine di parere non contengono che riferimenti en passant alle future generazioni, mostrando una generale mancanza di volontà da parte della Corte di affrontare il tema «*in a meaningful way*». Ciò appare singolare, dato che la richiesta dell'Assemblea Generale era formulata nel senso di contenere ben due menzioni espresse alle future generazioni*".

[22] Ad esempio, la Corte avrebbe potuto dare atto dei *Maastricht Principles on the Human Rights of Future Generations* che, seppur giuridicamente non vincolanti, se-

© Wolters Kluwer Italia

Tale omissione potrebbe derivare dalla difficoltà, di cui si è detto sopra, dell'accostamento della voce "*diritto*" accanto al termine "*futuro*" e dalle problematiche teoriche che emergono dal riconoscimento di un diritto per sua natura "*adespota*", non identificabile soggettivamente con riguardo ad un gruppo omogeneo.

La Corte, tuttavia, avrebbe potuto sottolineare come il principio di *equità intergenerazionale* possa costituire fonte di *responsabilità* da parte delle generazioni presenti nei riguardi di quelle future, enfatizzando come ogni generazione abbia determinati *obblighi* e *diritti*, che possono definirsi planetari o *intergenerazionali*.

E, invece, anche su tale passaggio il parere risulta silente, non menzionando gli *obblighi* derivanti dal richiamato principio di *equità intergenerazionale* [23].

Nonostante tali premesse, la sezione (d) del parere è specificamente dedicata all'*equità intergenerazionale*, che viene definita come "*guida per l'interpretazione e l'attuazione della Convenzione e degli strumenti correlati*" [24].

Tuttavia, quasi a volerne giustificare la trattazione in una sezione separata, la Corte – al par. 155 del parere – sottolinea come "*molti partecipanti hanno anche invocato l'equità intergenerazionale*" e – prosegue – "*sebbene abbiano espresso interpretazioni diverse del concetto, la sua rilevanza per gli obblighi relativi ai cambiamenti climatici è indiscutibile*".

La CIG, ai fini del riconoscimento del principio di equità intergenerazionale, menziona le seguenti basi giuridiche: l'art. 3, par. 1, della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) e il Preambolo dell'Accordo di Parigi. Queste e altre disposizioni, a parere della Corte, riecheggiano il riconoscimento dell'ambiente quale spazio vitale, che determina la qualità della vita e della salute degli esseri umani, ivi comprese le generazioni future, legate inscindibilmente al presente.

Infine, riprendendo il pensiero secondo il quale non si è meri *fruitori* ma *custodi* della natura [25], il parere riconduce il tema dell'equità

---

gnano l'emersione degli interessi delle future generazioni nel dibattito giuridico. I principi sono disponibili su: *www.rightsoffuturegenerations.org*.

[23] Cfr. E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations and Sustainable Development*, in *Am. Univ. Intern. Law Rev.*, 1992, pp. 19 ss.

[24] Così, par. 146 del parere della Corte internazionale di giustizia.

[25] Per un approfondimento del tema v. C. De Fiores, *Le insidie di una riforma pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it,* 3/2021, pp. 150 e ss. Con riferimento all'assimilazione con l'istituto giuridico del *trust*, v. E. Brown Weiss, *Intergenerational equity*, cit.

© Wolters Kluwer Italia

intergenerazionale all'idea che "*le generazioni presenti siano garanti dell'umanità, incaricate di preservare condizioni di vita dignitose e di trasmetterle alle generazioni future*" [26]. Ed anche se tale passaggio sembra rievocare le elaborazioni dottrinali più evolute (che configurano *doveri di custodia e protezione* anche a favore di chi non è nato) a tali affermazioni, tuttavia, non seguono chiarimenti sull'eventuale fondamento normativo di tali vincoli giuridici.

Nonostante, dunque, il richiamo all'equità intergenerazionale sia diffusamente esposto, l'interessamento della Corte al tema sembrerebbe arrestarsi ad un tentativo, forse ancora timido, di includere il "futuro" nella tematica dei cambiamenti climatici.

Infatti, l'analisi della Corte si arresta ad affermazioni di principio, che non si traducono in specifici obblighi di comportamento proiettati verso gli Stati.

In continuità con questa tendenza, ma comunque cercando di tratteggiare per quanto possibile delle linee evolutive, la Corte – al par. 156 – conclude riprendendo le osservazioni del *Panel* (o IPCC), secondo cui "*senza azioni urgenti, efficaci ed eque di mitigazione e adattamento, il cambiamento climatico minaccia sempre di più gli ecosistemi, la biodiversità e i mezzi di sussistenza, la salute e il benessere delle generazioni attuali e future*" [27] e, infine – al par. 157 – precisa come l'equità intergenerazionale sia parte dell'equità in generale e rappresenti, al pari di questa, un *principio guida* per l'interpretazione e applicazione delle norme giuridiche applicabili.

Da tale analisi, per la Corte, discende da ultimo che l'applicazione del principio di equità intergenerazionale potrà essere solo *infra legem*, "*senza scavalcare o eccedere i limiti della legge applicabile*" [28].

Concludendo, nella pronuncia consultiva, sembra emergere un chiaro segnale della volontà di tenere in debita considerazione ("*to be taken into account*", nel testo in lingua inglese) anche gli interessi di lungo periodo, che richiamano all'*equità intergenerazionale*, quale criterio interpretativo dei trattati e del diritto internazionale consuetudinario.

Tale criterio guida, tuttavia, va letto all'interno di un sistema normativo di cui la Corte ha cercato di delineare il quadro generale di riferimento e non può essere, allo stato dell'arte, invocato da solo per

[26] Così, par. 156 del parere della Corte internazionale di giustizia.
[27] IPCC, Sintesi per i decisori politici del 2023, p. 24, Dichiarazione C.1.3.
[28] Così, par. 157 del parere della Corte internazionale di giustizia.

© Wolters Kluwer Italia

fondare un'eventuale *responsabilità* degli Stati, nel caso di sua mancata applicazione.

4. Quale spazio per le generazioni future? Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

Dall'analisi finora svolta sul significato dell'equità intergenerazionale nel parere della CIG del 23 luglio 2025, emerge sicuramente la volontà della Corte di dare riconoscimento ad una qualche forma di tutela intergenerazionale.

Tuttavia, come accennato sopra, tale volontà non si traduce nell'individuazione di specifici vincoli e limiti.

Nonostante ciò, scorgendo alcuni ulteriori passaggi della pronuncia consultiva, si rintraccia un chiaro segnale di apertura al tema, come se i giudici della Corte – consapevoli del limite insito nella loro attività di interpreti del diritto – fossero comunque attraversati dalla drammaticità e urgenza del problema.

In un paragrafo conclusivo, la Corte chiama in campo tutti gli ambiti del sapere, prendendo atto che solo un approccio *olistico* del fenomeno consente di affrontare adeguatamente le sfide che lo stesso impone [29].

"*Soprattutto* – precisa la Corte – *una soluzione duratura e soddisfacente richiede la volontà e la saggezza umana – a livello individuale, sociale e politico – per cambiare le nostre abitudini, le nostre comodità e il nostro attuale stile di vita, al fine di garantire un futuro a noi stessi e a coloro che verranno*".

Tale monito finale della Corte, che rimanda alla saggezza umana, alla necessità di superamento della dimensione egoistica ed individualistica, è il corretto approccio con il quale affrontare il tema che qui si è cercato brevemente di trattare.

Infatti, solamente una tutela responsabilmente orientata al futuro può tenere seriamente in considerazione i problemi che affliggono l'ambiente, tentando di proteggerlo.

Seguendo un approccio orientato al lungo periodo, a proposito dello strumento della Valutazione d'Impatto Ambientale (VIA) per la protezione della biodiversità marina nelle aree oltre la giurisdizione degli

[29] Così, la Corte precisa che "*una soluzione completa [...] richiede il contributo di tutti i campi della conoscenza umana, siano essi diritto, scienza, economia o qualsiasi altro*" (par. 456 del parere della Corte internazionale di giustizia).

© Wolters Kluwer Italia

Stati, è stato osservato come: "*È presto per sapere se ciò potrà costituire una sufficiente forma di «pressione e convincimento» sugli Stati, perché non siano tentati di far prevalere individuali e poco lungimiranti interessi sull'interesse condiviso alla conservazione della diversità biologica marina, ma il coinvolgimento anche degli stakeholders privati prometterebbe bene quanto a vigilanza attenta sulla protezione del patrimonio comune, se si pensa alla «lezione» della Convenzione sul patrimonio mondiale e in generale, ad esempio, all'attivismo delle organizzazioni non governative*" [30].

Volendo delineare un'ultima considerazione finale, pensare alle generazioni future non significa immaginare chi è vicino alla nostra dimensione, *temporale* o *spaziale* che sia; piuttosto, riflettere seriamente sugli interessi delle generazioni future, significa spogliarsi dell'individualismo e rintracciare nella *solidarietà* il fondamento a partire dal quale costruire un diritto ambientale equo ed effettivo [31].

E, allora, prima di domandarci se esiste un diritto delle generazioni future a crescere in un ambiente sano, dovremmo forse interrogarci sul se siamo disposti ad abbandonare la nostra zona di *comfort*, a privarci di un poco di individualismo, valutando la necessità di bilanciare i nostri diritti individuali tenendo conto della responsabilità verso le generazioni future.

---

[30] V. F. MUCCI, *Dall'equa condivisione dei benefici ai* clearing house mechanisms*: verso modelli partecipativi di internazionalismo istituzionale per la protezione del patrimonio comune*, Napoli, 2023, p. 175, in riferimento al c.d. *clearing house mechanism* dell'Accordo per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle aree oltre la giurisdizione degli Stati (BBNJ), concluso a New York il 19 giugno 2023, che è entrato in vigore a livello internazionale il 17 gennaio 2026.

[31] Sul tema, v. N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2024, p. 209.

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Quinta

TRA SFIDE E RILETTURE GIURIDICHE SOLLECITATE DALLA SOSTENIBILITÀ DIGITALE ED ECOLOGICA

SIMULARE IL LINGUAGGIO, SIMULARE LIBERTÀ, SIMULARE VERITÀ *

GIANLUCA FASANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I *large language models* producono e diffondono informazioni. – 3. Oltre il libero mercato delle idee: l'intelligenza artificiale generativa e la nuova sfida per il costituzionalismo digitale. – 4. Libertà di pensiero. – 5. L'approccio dei regolatori: la bussola della trasparenza senza verità. – 6. Conclusioni.

Abstract: This paper aims to offer a brief reflection on the changes in the information landscape brought about by the emergence of large language models, systems capable of simulating natural language and reproducing dialogue with humans, operating according to technically autonomous schemes, without a declared author and outside traditional editorial processes of professional information. The regulatory responses implemented thus far aim to make the artificial origin of "synthesized information" explicit and recognizable, in an understandable spirit of greater transparency. The protection introduced, however, is limited to ensuring the individual's awareness of the nature of the interlocutor, possibly driven by an ontological unease regarding the precise boundary between man and machine. This approach raises some concerns, as the simulation of natural language translates into a simulation of freedom, and becomes a tool for influencing and reconstructing reality outside its social and dialogic dimension. The following analysis adopts the interpretation of constitutional freedom of thought, understood as freedom of expression, but also as a guarantee of the authenticity of the internal sphere of knowledge and self-determination, thus conceived as a relational space continually influenced by informational stimuli, whether human or artificial. In this scenario, the law

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

is called upon to rearticulate its function as the guardian of the social and dialogical dimension of truth, which is the foundation of democratic coexistence.

1. Premessa

Per diversi anni le discussioni attorno all'intelligenza artificiale (IA) sono rimaste in gran parte all'interno delle aule universitarie, dei laboratori di ricerca e delle riviste accademiche [1]. Man mano che queste tecnologie sono diventate di uso generale, la situazione è cambiata, sino a divenire radicalmente diversa oggi. L'IA è argomento centrale del dibattito pubblico, se ne parla a proposito di giustizia, sanità, mobilità sostenibile, mercati finanziari, sicurezza nazionale ed elezioni politiche, transizione verde e tanto altro ancora. In tutti gli ambiti dell'agire umano c'è spazio per presentare l'IA come un fortissimo acceleratore per l'innovazione. Dal punto di vista istituzionale l'Unione europea si propone di incorporare l'IA a tutte le politiche pubbliche, soprattutto di ambito territoriale, nel contesto della transizione digitale [2].

Un importante contributo verso la costruzione della *leadership mediatica* dell'IA è dovuto all'intelligenza artificiale generativa e, in particolare, ai *large language models* (ChatGpt, per esempio). Questa tecnologia ha del nuovo rispetto alle precedenti generazioni di IA: padroneggia il linguaggio naturale, imprescindibile nella maggior parte delle attività lavorative legate alla conoscenza e strumentale a differenti scopi.

I recenti progressi nell'elaborazione del linguaggio naturale hanno contribuito al dibattito sulla natura intelligente dei moderni artefatti. Ma, al di là di tale interrogativo, l'utilizzo di questi sistemi pone numerose incognite, in termini di informazioni errate, perché basate su dati di addestramento la cui veridicità non è stata accertata, di *bias* e discriminazioni, perché se i dati di addestramento contengono pregiudizi

[1] Nel 1955, J. MCCARTHY - M. MINSKY - N. ROCHESTER - C. SHANNON elaborarono un documento noto come "*A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*". La proposta di Dartmouth segnò la nascita ufficiale dell'intelligenza artificiale come campo autonomo di ricerca.

[2] S. MANGIAMELI, *La funzione di governo nell'ordinamento dell'Unione europea e la sua legittimazione*, in *Sito AIC*, Relazione al XL Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Torino 10-11 ottobre 2025.

© Wolters Kluwer Italia

questi vengono replicati negli *output* del sistema [3], di manipolazione, posto che i risultati potrebbero esser presentati a terzi come autentici [4], pur non essendolo, e anche in termini di concentrazione di un potere para-statale [5].

In questo breve scritto si proverà ad esplorare il fenomeno sotto altro profilo, quello che inerisce al c.d. *uso primario* (o dialogico) delle "informazioni sintetizzate". Non ci si riferisce, quindi, alla fase che si apre dopo che l'utente ha acquisito l'informazione sintetizzata, fase in cui è libertà di ciascuno farne l'uso che più aggrada (uso secondario). Uso che qui non rileva, sia per rappresentare una mera eventualità sia per essere regolato dall'ordinario principio del *neminem laedere* [6]. Ci si riferisce, invece, alla fase generativa dell'informazione, resa possibile dalla e *nella* interazione uomo-macchina, ove la macchina prende parte all'esercizio della libertà di pensiero del primo. Con questo non si vuol dire che essa esprima un pensiero, ma che, essendo progettata per generare parole e pensieri rivolti alle persone, *gioca* con la libertà di pensiero di questo, contribuendo a modellare, orientare o sollecitare l'esercizio di una libertà.

La risposta normativa sembra orientata, finora, ad assicurare un livello di trasparenza necessario per distinguere ciò che proviene da una fonte umana da ciò che è generato artificialmente. Questa *verità* fondata sull'identità di chi o *cosa* genera il messaggio diventa rilevante sul piano giuridico e sociale. Tuttavia, resta da chiedersi se l'adozione di un livello di trasparenza sia davvero sufficiente a soddisfare le esigenze di verità che il diritto mira a presidiare.

2. I *large language models* producono e diffondono informazioni

Per "intelligenza artificiale generativa" si intende un campo del-

---

[3] M. Nadeem - A. Bethke - S. Reddy, *Stereoset: Measuring stereotypical bias in pretrained language models,* in *ACL-IJCNLP 2021*, 2021.

[4] Sulle incongruenze e limiti nelle *performance* di questi sistemi v. A. Borji, *A Categorical Archive of ChatGPT Failures*, in *arXiv*, 6 February 2023.

[5] Come rilevato da A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, p. 22, le Big Tech sono in grado di esercitare un potere che si atteggia come *superiorem non recognoscens*, al pari del potere sovrano e non accetta confini, giuridici o territoriali.

[6] Nel diritto europeo un passo importante è rappresentato dal *Digital Services Act,* regolamento (UE) 2022/2065, che introduce una serie di obblighi a tutela della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di informazione.

© Wolters Kluwer Italia

l'intelligenza artificiale che si concentra sulla creazione di sistemi in grado di generare dati, contenuti o *output* in modo automatizzato, spesso utilizzando tecniche basate su reti neurali profonde (*deep learning*), apprendimento automatico (*machine learning*) e modelli probabilistici in grado di raccogliere una conoscenza molto ampia, ricavandola da enormi quantità di dati, principalmente dal *web*, e di produrre testi, immagini, suoni o video.

Nel campo dell'intelligenza artificiale generativa particolare interesse hanno suscitato i *large language models,* progettati per generare testo in modo naturale, consentendo di analizzare, interpretare e rispondere a domande, completare frasi, tradurre testi in diverse lingue, generare codici, scrivere articoli e molto altro ancora [7].

La comunità scientifica discute se tali sistemi si limitino a combinare e riprodurre, in modo molto sofisticato, informazioni apprese dai dati di addestramento, oppure se fanno qualcosa in più. L'argomento di discussione è se questi modelli siano creativi, originali, se apprendano veramente o semplicemente memorizzino i dati di addestramento e li riproducano in modo puramente statistico, combinando e riproducendo informazioni apprese dai dati di addestramento.

Tuttavia, in attesa che la ricerca approdi a nuovi risultati che ci aiutino a comprendere meglio la natura profonda di questi algoritmi, essi dovrebbero esser studiati non solo nella prospettiva di ritrovati tecnici altamente performanti ma di artefatti che *vivono* nella dimensione ove "si sono spostate" le libertà fondamentali [8]. In altre parole, per affrontare in modo organico la sfida posta dalle informazioni sintetizzate occorre ampliare lo sguardo oltre un ambito meramente tecnico, interrogandosi su come l'evoluzione tecnologica stia modificando il rapporto tra diritto e tecnica. La trasformazione impressa dall'innovazione digitale alla società non riguarda solo i mezzi tecnici (cosa può fare l'IA) ma la stessa capacità degli ordinamenti costituzionali moderni di riarticolare la funzione di tutela dei diritti fondamentali nell'interazione con le tecnologie digitali (cosa può diventare una società che si affida all'IA).

---

[7] I *large language models* stanno rivoluzionando anche il settore accademico. ChatGPT, non senza clamore, è stato citato come uno dei 12 autori di un *preprint* sull'utilizzo dello strumento per la formazione medica, pubblicato nel dicembre del 2024 su *https://www.medrxiv.org*.

[8] Così G. DE MINICO, *Nuova tecnica per nuove diseguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti,* in *Federalismi.it*, 6/2024, p. 3.

© Wolters Kluwer Italia

3. Oltre il libero mercato delle idee: l'intelligenza artificiale generativa e la nuova sfida per il costituzionalismo digitale

L'avvento del *web* ha rivoluzionato il modo di produrre, diffondere e usare l'informazione, e proprio la condivisione delle idee è stata maggiormente trasformata con *internet*, anche per via della propensione a sostituire le relazioni umane con le "connessioni" [9].

Le informazioni sintetizzate segnano un giro di boa del contesto digitale, oltre il quale nemmeno la dottrina del "*free marketplace of ideas*" [10] appare più sostenibile.

L'espansione del *web* è stata favorita da questa dottrina di origine statunitense che vuole le idee libere di potersi manifestare, potenzialmente fino a raggiungere il mondo intero, cosicché la libertà di espressione del pensiero, di informare e di essere informati, non più limitata come accadeva coi tradizionali mezzi di informazione, possa giungere a fare emergere la *verità*. Il libero mercato delle idee è stato proposto anche di recente, per sostenere una visione tecno-libertaria nel contesto dell'IA [11].

Tuttavia, i *large language models* aprono un nuovo scenario che non è più il libero mercato delle idee e, anzitutto, non è più un mercato [12]. Non v'è una competizione in cui può emergere la forza del pensiero, ma una nuova *sorgente* che distilla informazioni per ciascun individuo, *tailor made*, attraverso una sofisticata attività di addestramento e personalizzazione basata sulla categorizzazione degli individui. Questa nuova sorgente di contenuti non si limita a veicolare pensieri altrui, ma li produce secondo schemi di *autonomia*, giocando direttamente e silenziosamente con la libertà di pensiero di ciascun individuo.

---

[9] Z. Bauman, *Amore liquido: Sulla fragilità dei legami affettivi,* Roma, 2007.

[10] Attribuita a Justice Holmes nella sua leggendaria *dissenting opinion* nella causa presso la Corte Suprema degli Stati Uniti, *Abrams c. Stati Uniti*, 250 US 616, 1919, secondo cui "*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*". In seguito, venne riproposta nel dibattito sulla regolazione di *internet* dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, *Reno c. ACLU*, 521 US 844, 1997.

[11] Cfr. *"Winning the Race. America's AI ACTION PLAN", The White House,* July 2025, ove è scritto "*We must ensure that free speech flourishes in the era of AI and that AI procured by the Federal government objectively reflects truth rather than social engineering agendas*" (p. 4).

[12] Per una critica sulla validità della metafora di un "mercato" delle idee cfr. V. Zeno-Zencovich, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, p. 100.

© Wolters Kluwer Italia

Dunque, se la rete ha rappresentato finora una grande *Agorà*, in cui si è costruito faticosamente un sistema di regole (si pensi al recente *Digital Service Act*) che governa il potenziale confronto tra una pluralità di voci funzionale alla formazione dell'informazione veridica, l'intelligenza artificiale generativa inaugura un'epoca diversa: non più una piazza affollata di voci e ricca di occasione di confronto, ma un dialogo intimo e silenzioso tra l'io e la macchina.

Superata la stagione del liberismo digitale che ha promosso lo sviluppo del *web*, il costituzionalismo digitale [13] si trova ad affrontare una stagione di forte tensione per l'autenticità dell'informazione e la libertà del pensiero.

4. Libertà di pensiero

Già prima dell'avvento del *web* l'innovazione tecnica e la crescente intensificazione dei mezzi di comunicazione hanno determinato una trasformazione profonda dell'organizzazione della vita e delle relazioni sociali, generando nuovi bisogni dell'uomo e nuove rivendicazioni di libertà. Sono ancora attuali le parole di Norberto Bobbio secondo cui "*La crescente quantità e intensità di informazioni cui l'uomo oggi è sottoposto fa sorgere sempre più forte il bisogno di non essere ingannati, eccitati, turbati da una propaganda assillante e deformante; si profila, di contro al diritto di esprimere le proprie opinioni, il diritto alla verità delle informazioni*" [14].

Al momento di esternare le proprie idee, è vero, si esercita una libertà proclamata, ma ancor prima si esprime una personalità, si dà voce alla persona. Questo aspetto viene lucidamente evidenziato dalla teoria "individualista" [15], il cui più autorevole sostenitore, Carlo Esposito, afferma che la Costituzione "*non intende attribuire un diritto funzionale all'individuo, ma un diritto individuale*" alla persona, un diritto attribuito all'uomo in quanto tale "*indipendentemente dai vantaggi o dagli*

---

[13] L. GILL - D. REDEKER - U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in *Berkman Ctr. Research Publ.,* 15/2015, p. 2.

[14] N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, testo del discorso introduttivo al *Convegno nazionale sui diritti dell'uomo,* svoltosi a Torino dal 1° al 3 dicembre 1967.

[15] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 229, sostiene che la libertà di manifestazione del pensiero presenta un duplice profilo, uno individualistico, l'altro funzionale "*in quanto tendente al buon funzionamento del regime democratico, che sulla partecipazione si fonda*".

© Wolters Kluwer Italia

svantaggi che possano derivarne allo Stato" [16]. Le ragioni ideali del riconoscimento di questa libertà risiedono nel valore della persona umana, in coerenza al principio "personalistico" che informa l'intera Costituzione (art. 2), ove si "*esalta la persona, assunta come il fondamento e il fine dell'ordine*" [17]. Non nega, vieppiù, il valore sociale dei diritti di comunicazione e manifestazione del pensiero, posto che il relativo esercizio presuppone la vita in società e il loro libero svolgimento avviene necessariamente nella relazione tra individui. Ma nega che essi siano riconosciuti per finalità sociali, per le "*utilità sociali delle unioni di pensiero*".

Così intesa, la libertà di espressione è un catalizzatore per la formazione delle coscienze. Prima ancora della libera espressione, e per questa finalità, è tutelata la libertà del foro interno. Il foro interno è il luogo nel quale le idee prendono forma e dal quale, grazie alla libertà di manifestazione del pensiero, escono, si diffondono e si confrontano [18]. In questo processo dinamico "*La realtà e la verità possono diventare una cosa sola*" [19] attraverso la capacità conoscitiva dell'uomo oggi mediata da strumenti che non veicolano informazioni già esistenti (come avviene nel *web*), che sono pervasivi (in ogni momento e ogni luogo), generalisti (ogni campo del sapere), persuasivi (stile narrativo calibrato sul profilo della persona), appaganti (si conformano alle aspettative di conoscenza), confidenziali (quasi un confessionale), tanto da inculcare un forte affidamento sui contenuti trasmessi.

In tale contesto si formeranno sempre più spesso idee, opinioni, convinzioni, quell'*humus* in grado di trasformare i moti della coscienza in colui che riceve informazioni. Allora, ancorché non possa assumersi che le informazioni sintetizzate corrispondano alla manifestazione di un pensiero, tanto meno all'esercizio di una libertà, deve convenirsi che le associazioni di parole prodotte implicano un significato per i destinatari, un significato fatto palese dal senso comune delle parole, secondo il linguaggio naturale, che va a influire sulla libertà di formazione del pensiero; implicano un significato che va a incidere sulla libertà di raccogliere le informazioni, di informarsi [20], su quella libertà di co-

---

[16] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

[17] P. Costa, *Diritti fondamentali*, in *Enc. dir.*, vol. II, Roma, 2008, p. 396.

[18] Sulla tutela del "foro interno", S. Mangiameli, *Giuramento (formula del -)*, in *Noviss. dig. it.*, *Appendice di aggiornamento*, vol. III, Torino, 1982.

[19] S. Mangiameli, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 4/2024, p. 610.

[20] A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969;

© Wolters Kluwer Italia

noscere che la dottrina costituzionale affida alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)[21]. Ma, il dato più significativo è che le informazioni sintetizzate *giocano* con un significato che appartiene ad una relazione, presidiata da un diritto di libertà affinché "*l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare*"[22]. Eppure, esse si pongono al di fuori di qualsiasi dinamica di confronto collettivo e svincolandosi da qualsiasi legame sociale che, come visto, anche la teoria individualista riconosce essenziale.

5. L'approccio dei regolatori: la bussola della trasparenza senza verità

Lo sviluppo dell'IA generativa e la sua vasta diffusione ha attirato una crescente attenzione dei regolatori, preoccupati dei rischi associati alla difficoltà di distinguere i contenuti generati con l'IA da quelli realizzati interamente da esseri umani. Le risposte finora son state dirette a fornire rimedi in una logica fondata sulla trasparenza.

Volgendo lo sguardo al diritto dell'Unione europea, è opportuno richiamare l'art. 50 dell'*AI Act*[23], secondo cui: "*I fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche sono progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA*"[24].

T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, p. 679. Secondo questi Autori l'art. 21 Cost., oltre alla libertà di manifestare il pensiero, tutela i destinatari della manifestazione e l'interesse generale all'informazione, in termini di pluralità di fonti e libero accesso alle medesime.

[21] C. cost. 26 marzo 1993, n. 112. *Ex multis*, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, pp. 319 ss.; A. PACE - M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

[22] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 9.

[23] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale-*AI Act*). Tra le posizioni espresse in dottrina sul tema v., *ex multis*, G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?,* in *Dir. inf.*, 2/2022, p. 323 ss.

[24] Il 4 settembre 2025 la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica finalizzata a raccogliere contributi per la predisposizione delle linee guida

© Wolters Kluwer Italia

L'approccio della trasparenza contribuisce a prevenire fenomeni di impersonificazione, inganno o eccessiva antropomorfizzazione, tutelando così una "buona fede" nelle interazioni digitali, nella consapevolezza del loro "*impatto significativo sull'integrità e sulla fiducia nell'ecosistema dell'informazione*" [25].

Simile, per certi versi, è l'approccio della Cina. La *Cyberspace Administration of China* (CAC) ha recentemente promulgato un insieme di prescrizioni denominate "Misure per l'identificazione di contenuti sintetici generati dall'intelligenza artificiale", segnando un passo significativo nella regolamentazione delle tecnologie emergenti in ambito digitale [26].

Per quanto il modello cinese sia improntato a una logica di sorveglianza e sicurezza nazionale (approccio c.d. *State-driven*), le risposte dei regolatori testimoniano un bisogno condiviso a livello globale, di chiaro rilievo politico e sociale: contenuti sintetici non dichiarati tali possono influenzare l'opinione pubblica e il formarsi democratico di un dibattito, ledere la reputazione di individui e finanche delle istituzioni.

Eppure, il rimedio della trasparenza suscita qualche perplessità, dal momento che prescinde da qualsiasi obiettivo di verità dei contenuti stessi: la tutela si arresta una volta che il soggetto destinatario dell'informazione abbia chiaro l'origine e la natura dell'informazione. Dobbiamo chiederci, allora, se il costituzionalismo, di cui è espressione precipua la libera formazione dei propri convincimenti, possa accontentarsi soltanto di ciò, alla luce dell'insegnamento per cui "*nella pratica del diritto la verità corrisponde [...] alla realizzazione della giustizia*" [27].

6. Conclusioni

In breve, se le nuove tecnologie hanno assunto un ruolo significativo nel riordinare le società e nel dar loro nuove forme, oggi sono giunte anche a *sussurrare* alle coscienze individuali.

Di fronte a queste trasformazioni, la risposta dei regolatori, al fine di limitare l'inganno, si limita al piano della trasparenza, con l'obiettivo di ricostruire il confine, sempre più sfumato, tra umano e artificiale.

---

e di un codice di condotta relativi al rilevamento e all'etichettatura dei contenuti generati o manipolati artificialmente.

[25] Considerando 133 dell'*AI Act*.

[26] *Https://www.cac.gov.cn*.

[27] S. Mangiameli, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale*, cit., p. 609.

© Wolters Kluwer Italia

Tuttavia, la trasparenza sembra fondarsi su un presupposto problematico, poiché l'intelligenza artificiale generativa, per sua natura, è indifferente al concetto di verità [28]. E così il bisogno di trasparenza viene disaccoppiato dal bisogno di verità.

Peraltro, come per paradosso, dopo aver identificato le informazioni sintetizzate con appositi marcatori, che ne attestano la provenienza, esse diventano *autenticamente* sintetizzate. Nel senso che si riconosce a queste l'autenticità attraverso un'operazione di verità, di *verità artificiale*.

Analizzando il fenomeno nella prospettiva della tutela costituzionale possiamo osservare che la libertà di espressione è indifferente "*verso i contenuti (reali o meno) del pensiero espresso*", trattandosi di una garanzia costituzionale connessa alla formazione dell'identità personale e che assicura a ogni individuo di esprimere sé stesso, anche quando sbaglia [29]. Esprimersi liberamente non serve solo a comunicare informazioni, ma anche a manifestare la propria identità personale, cioè a dire chi siamo, come pensiamo e come ci sentiamo. E questa identità individuale è tutelata dalla Costituzione non solo attraverso l'art. 21 ma anche come pretesa fondamentale espressa negli art. 2, 3, co. 2, e più in generale in ogni libertà costituzionale.

Diversamente, il versante parallelo della libertà di informare, cui fa sponda la libertà di conoscenza e di formarsi un convincimento interiore, dovrebbe essere legato ad un processo continuo di ricerca della verità che non pare possa esser appagato con una verità artificiale. Di qui l'insufficienza della risposta normativa, che sembra concepire la libertà di essere informati come il diritto a conoscere l'identità di chi o cosa veicola il messaggio, trascurando l'aspetto della formazione di un convincimento che, a fronte di artefatti che modellano progressivamente le categorie di verità, autorevolezza e credibilità, possa essere formato in modo originale, autentico e, soprattutto, libero.

Nel corso degli anni il *potere* di ricostruzione della realtà è stato accompagnato da un processo di costante assunzione di responsabilità. Si pensi, ad esempio, al contesto della stampa, della radio o della televisione, e a quanto è stato fatto per ricondurre il potere dei *media* nel-

---

[28] L. MUNN - L. MAGEE - V. ARORA, *Truth machines: synthesizing veracity in AI language models,* in *AI & Soc.,* 39/2024, pp. 2759-2773; D. SHIN, *Automating epistemology: how AI reconfigures truth, authority, and verification*, *ivi*, 41/2025, pp. 1553-1559.

[29] V. BALDINI, *Verità e libertà nell'espressione del pensiero... Prendendo spunto da casi concreti...*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2017, p. 13.

© Wolters Kluwer Italia

l'alveo della verità [30], pur nella consapevolezza che il rapporto tra *media* e verità non è stabile e vive di una tensione costante.

Nella società digitale questa tensione tra mezzo e verità si acuisce e sembra sgretolare l'ultimo baluardo della costruzione collettiva e professionale della verità e la "*libertà di tentare di persuadere gli altri*" [31] assume contorni che sfidano il costituzionalismo contemporaneo, per cui, anche nel caso dell'intelligenza artificiale generativa, appare necessario andare oltre alla semplice categoria della trasparenza e ricostruire il percorso giuridico attorno al tema della "responsabilità della macchina" a tutela e garanzia dei diritti costituzionali.

[30] Sin dai tempi dell'*Affaire Dreyfus*, fine XIX secolo, Francia.
[31] A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, p. 47.

© Wolters Kluwer Italia

L'ATTUAZIONE DEL *DIGITAL SERVICES ACT* NELL'OTTICA DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO: PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI *

GEMMA ALBERICO

SOMMARIO: 1. La libertà di manifestazione del pensiero nell'ambiente digitale: cenni introduttivi. – 2. Il ruolo delle grandi piattaforme in relazione alla selezione dei contenuti: la progressiva privatizzazione della censura. – 3. Il *Digital Services Act* e la tutela della libertà di manifestazione del pensiero. – 4. L'attuazione del *DSA* da parte dell'Italia e l'implementazione del ruolo dei segnalatori attendibili. – 5. Brevi conclusioni.

Abstract: The paper analyzes, from a constitutional perspective, the innovations introduced by the Digital Services Act and the possible implications for freedom of expression. In light of the constitutional framework, the paper examines some problematic aspects concerning the identification of new limits to the exercise of this fundamental freedom and the potential consequences of implementing tools for verifying and controlling content shared online, particularly with regard to the role of large online platforms.

1. La libertà di manifestazione del pensiero nell'ambiente digitale: cenni introduttivi

Il tema della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito digitale e la portata dell'esercizio di tale libertà in relazione al ruolo delle piattaforme che operano e plasmano l'ecosistema della Rete rappresenta una questione focale del c.d. costituzionalismo digitale [1].

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

[1] Sull'espressione "costituzionalismo digitale", E. CHELI, *Conclusioni*, in *Oss. fon.*, 2/2021, p. 955, che sostiene si tratti di una "*nuova forma di costituzionalismo*"

© Wolters Kluwer Italia

La progressiva evoluzione della Rete quale una delle principali sedi di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero nonché quale veicolo di molteplici flussi informativi ha costituito e costituisce uno dei temi più rilevanti per l'ordinamento giuridico.

L'art. 21 Cost. assicura una tutela alla libertà di manifestazione del pensiero intesa sia nella dimensione individuale che in quella collettiva, riconoscendo un profilo attivo del diritto di esprimere e diffondere il proprio pensiero [2], dunque anche di informare, nonché un profilo passivo costituito dal diritto di accedere alle informazioni e alle notizie [3].

La libertà di manifestazione del pensiero è unanimemente identificata quale caposaldo e cifra distintiva delle società democratiche [4], pietra angolare dell'ordine democratico [5] e garanzia di tenuta degli altri diritti costituzionali [6]. La stessa Corte costituzionale è intervenuta, nel corso del tempo, per evidenziare la rilevanza della libertà dell'informazione nella duplice dimensione attiva e passiva ai fini della "*formazione di una pubblica opinione avvertita e consapevole*", che è possibile, in un regime democratico, soltanto mediante la garanzia di una pluralità di fonti di informazione e libero accesso alle stesse [7]. La libertà di manifestazione del pensiero così delineata, dunque, è un diritto di libertà e non può trovare limiti ulteriori a quelli previsti dalla Costituzio-

---

che "*mira ad ampliare, a completare e a rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale*". Di altro avviso G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Dir. cost*., 1/2023, p. 41, che sostiene sia "*un'espressione equivoca e atecnica*", da utilizzare "*con grande prudenza*". Una posizione ancor più netta si rinviene in M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, in P. COSTANZO - P. MAGARÒ - L. TRUCCO, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di Genova, 18 e 19 giugno 2021, Napoli, 2022, p. 498, che sostiene sia preferibile un "*costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini*". Nello stesso senso, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, p. 188, che ritiene l'espressione "*un abuso di denominazione*", una "formula vaga" dotata di "*carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali*".

[2] P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, pp. 6-7.

[3] Sulla sostanziale coincidenza ai fini della tutela tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informare a cui fa da contraltare il profilo passivo del diritto, cioè il diritto di informarsi, di avere notizie e di avere accesso alle informazioni, A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 456.

[4] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *ML*, 1/2018, p. 50.

[5] C. cost. 23 aprile 1969, n. 84.

[6] A. PACE, *Art. 21*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1979.

[7] C. cost. 21 giugno 1972, n. 105.

© Wolters Kluwer Italia

ne e all'esigenza di contemperamento con altre libertà costituzionalmente tutelate [8].

Stante tale contesto giuridico-costituzionale, non si può fare a meno di osservare il configurarsi di inevitabili tensioni tra la citata libertà fondamentale e i limiti potenzialmente molto stringenti che l'ambiente digitale pone all'esercizio della stessa.

È certamente vero che lo sviluppo della Rete ha rappresentato un passaggio epocale, ma se agli inizi di quella che è stata definita la quarta rivoluzione industriale si poneva l'attenzione sulla "*possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero*" [9], ad oggi non è possibile non considerare come si stia configurando una "*rete a maglie fitte di limiti e condizioni, fissate da norme nazionali e comunitarie, che sembrano ridurre entro spazi progressivamente più angusti la garanzia ex art. 21 Cost.*" [10].

2. Il ruolo delle grandi piattaforme in relazione alla selezione dei contenuti: la progressiva privatizzazione della censura

La trasformazione della società correlata allo sviluppo e all'implementazione dell'ambiente digitale ha delineato un contesto in cui si configurano nuovi potenziali conflitti tra soggetti privati: da una parte gli utenti che usufruiscono dei servizi; dall'altra parte, i titolari delle infrastrutture, le grandi piattaforme [11].

Lo spazio digitale si è ben presto allontanato dall'idea di un'*agorà* virtuale ponendo progressivamente limiti specifici all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dando luogo a "*forme di censura della e nella rete*" [12].

Un ruolo rilevante, se non preminente, nella determinazione degli

---

[8] Sulla portata di massima espansione della libertà di manifestazione del pensiero e la speculare interpretazione restrittiva dei limiti, A. Pace, *Op. cit.*, pp. 21 e 26; P. Barile, *Op. cit.*, pp. 7-8.

[9] V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi cost.*, 1/2010, p. 71.

[10] Così V. Baldini, *Plurime valenze della libertà di manifestazione del pensiero e suoi limiti: una questione sempre attuale*, in *Cons. online*, 2/2025, p. 1232.

[11] Così C. Caruso, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Cons. online*, 1/2020, p. 1.

[12] G. Formici, *La censura ai tempi di internet: dal blocco della rete al deplatforming*, in A. Osti - M. Della Malva, *Libertà di espressione e forme moderne di censura*, Torino, 2024, p. 53.

© Wolters Kluwer Italia

effettivi spazi di esercizio della libertà fondamentale tutelata dall'art. 21 Cost. è certamente rivestito dalle grandi piattaforme [13]. Queste ultime, infatti, hanno assunto il compito di "*guardiani dei contenuti e delle informazioni*" [14] chiamati a porre le regole del bilanciamento tra gli interessi coinvolti mediante le condizioni generali di contratto [15], ma anche a regolare i contenuti *online* mediante l'attività di moderazione e di rimozione.

La pervasività dell'azione e dell'influenza delle piattaforme in relazione alla rilevanza e alla permanenza o meno in rete di contenuti e/o notizie è esponenzialmente aumentata ed è andata delineandosi sempre più come una forma di censura privata che, stante il quadro costituzionale sinteticamente tracciato, mal si concilia con l'effettiva tutela della libertà *ex* art. 21 Cost.

La privatizzazione della censura [16] è stata correlata al "*capitalismo delle piattaforme*" [17], cioè alla circostanza per cui le grandi piattaforme rivestono una posizione dominante dal punto di vista economico, spesso svolgendo la propria attività in una condizione di oligopolio che le pone nella condizione di poter incidere in modo considerevole sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero [18].

Se è vero che le piattaforme instaurano con gli utenti un rapporto di tipo privatistico mediante la conclusione di contratti che pongono delle "regole della *community*", disciplinando e gestendo le forme e i modi con cui i medesimi contribuiscono al sistema comunicativo, le stesse piattaforme si trovano a svolgere un'attività che assume sempre di più caratteri di natura pubblicistica, poiché esercitano un controllo sui contenuti pubblicati dagli utenti, valutandone la conformità ed esercitando di fatto poteri "*para-pubblicistici*" [19].

---

[13] Sul ruolo delle piattaforme come "intermediari di natura privata", M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, p. 76.

[14] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM(2017)555 def., Bruxelles, 28 settembre 2017, par. 23.

[15] G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Dir. Cost*., 1/2023, p. 43.

[16] M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *RIID*, 1/2019, p. 35 ss.

[17] M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Dir. cost.*, 1/2020, p. 120.

[18] Sul punto cfr. M. BETZU, *Op. cit.*, p. 120; C. CARUSO, *Op. cit.*, p. 1.

[19] In tal senso, M.E. BUCALO, *La libertà di espressione in rete fra content mode-*

© Wolters Kluwer Italia

In altri termini, i soggetti privati che detengono e gestiscono le infrastrutture utilizzate per rendere accessibile il pensiero e che rendono possibile la più ampia diffusione dell'informazione nello spazio digitale sono anche i soggetti che "*sovrintendono al flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione*" [20].

Le criticità del quadro appena delineato sono state correlate anche alla carenza di un intervento legislativo che potesse disciplinare le attività delle piattaforme che, pertanto, avevano fatto ricorso a forme di autoregolamentazione più o meno stringenti. In tale contesto, si è fatta strada l'esigenza di un intervento pubblico volto a regolare il potere e il ruolo delle piattaforme digitali.

3. Il *Digital Services Act* e la tutela della libertà di manifestazione del pensiero

Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, l'intervento normativo più recente e completo nell'ambito della comunicazione e informazione *online* è il regolamento sui servizi digitali [21] noto come *Digital Services Act* (*DSA*). L'Unione europea si è occupata del tema della manifestazione del pensiero *online* e in particolare dell'informazione in Rete e delle questioni problematiche correlate alla c.d. disinformazione [22], rimarcando più volte come la libertà di espressione sia un valore fondamentale dell'Unione europea sancito dalla Carta dei diritti fondamentali e dalle costituzioni degli Stati membri.

Il regolamento è stato adottato nell'ottica del superamento dell'autoregolazione da parte delle piattaforme ed è andato delineandosi come

---

ration dei social network e regolazione dell'Unione Europea, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022, p. 277.

[20] R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Torino, 2019, p. XVIII.

[21] Regolamento (UE) 2022/2065.

[22] Cfr. comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione contro la disinformazione*, JOIN(2018)36 def., Bruxelles, 5 dicembre 2018. Sul concetto di disinformazione, A. Osti, *Libertà di espressione e lotta contro le fake news: tutela di correttezza delle informazioni o censura?,* in A. Osti - M. Della Malva, *Op. cit.*, p. 53; V. Baldini, *Op. cit.*, p. 1249, che evidenzia come "*il richiamo ad un'informazione «fuorviante» lascia inevitabilmente uno spazio all'apprezzamento politico del legislatore circa la natura fuorviante della comunicazione che, in ipotesi, risulterebbe perciò priva di una garanzia costituzionale direttamente connessa alla [libertà di manifestazione del pensiero]*".

© Wolters Kluwer Italia

un tentativo strutturato di co-regolazione che potesse responsabilizzare i *gatekeepers* riguardo al ruolo svolto dagli stessi e all'impatto della loro attività sulle libertà fondamentali dei singoli.

La diligenza e la responsabilità che il *DSA* pone a carico delle grandi piattaforme sarebbero essenziali per garantire un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile e per consentire ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori [23].

Fin dalla presentazione della proposta di regolamento, il testo elaborato dalla Commissione ha lasciato emergere alcune criticità rispetto alla idoneità del *DSA* a garantire una effettiva tutela delle libertà fondamentali.

La disciplina del *DSA* prevede interventi e oneri che vengono distinti in intensità e gravosità in relazione al tipo di piattaforma *online* e alle dimensioni della stessa da calcolarsi in base al numero di utenti iscritti, delineando una disciplina progressivamente più stringente nei confronti delle piattaforme di maggiori dimensioni [24].

Con specifico riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, è stato sostenuto che il *DSA* migliora notevolmente i meccanismi per la rimozione dei contenuti illegali e per l'efficace tutela dei diritti fondamentali degli utenti *online*, compresa la libertà di parola [25]. Dal punto di vista del diritto costituzionale, tuttavia, il profilo della rimozione dei contenuti assume un particolare rilievo, stante un quadro costituzionale interno che assicura un'ampia tutela alla libertà di manifestazione del pensiero e di informazione.

Un primo profilo problematico attiene all'identificazione dei contenuti passibili di rimozione in quanto il *DSA* pone sullo stesso piano i contenuti illegali perché posti in violazione di una normativa europea oppure dello Stato membro, i contenuti illegali perché posti in violazione delle condizioni generali di servizio previste dalla specifica piattaforma, ma anche i contenuti concernenti informazioni fuorvianti o ingannevoli, come anche la disinformazione, nonché informazioni non

---

[23] *DSA*, par. 3

[24] O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in *RIID*, 1/2022, p. 182, parla di disciplina "*a cerchi concentrici*".

[25] In questi termini un contributo informativo pubblicato sul sito ufficiale dell'UE, disponibile su *https://digital-strategy.ec.europa.eu*.

© Wolters Kluwer Italia

illegali ma che potrebbero comunque concorrere a creare un rischio sistemico.

Questo catalogo di contenuti rende da subito evidente la problematicità della disciplina poiché sovrappone contenuti molto diversi e soprattutto identificabili in base a criteri non sempre oggettivi e chiari dal punto di vista giuridico.

Se la differenza tra contenuto illegale per violazione della normativa europea o nazionale e contenuto illegale per violazione delle condizioni generali di contratto pone un profilo problematico relativo alla sovrapposizione tra il profilo pubblicistico e il profilo privatistico, l'individuazione di contenuti non illegali ma che siano ritenuti in ogni caso fuorvianti o causa di un rischio sistemico [26] pone maggiori criticità per la carenza di criteri specifici per valutare la doverosità o l'opportunità della rimozione. Le maglie della previsione normativa appaiono molto larghe e resta ampia la discrezionalità delle piattaforme nel decidere cosa debba essere rimosso e cosa possa permanere *online*.

Un secondo profilo di riflessione attiene ai soggetti chiamati a svolgere tale attività.

Nella prospettiva di una procedimentalizzazione del meccanismo di rimozione dei contenuti, infatti, il regolamento ha previsto che le piattaforme debbano individuare i contenuti da rimuovere anche sulla base di segnalazioni provenienti dai c.d. segnalatori attendibili ed è espressamente previsto che si possa procedere alla rimozione senza ulteriori attività di valutazione quando le segnalazioni sono sufficientemente chiare. Risulta interessante, pertanto, comprendere chi sono e come operano questi ulteriori soggetti chiamati a svolgere l'attività di valutazione dei contenuti pubblicati *online*.

4. L'attuazione del *DSA* da parte dell'Italia e l'implementazione del ruolo dei segnalatori attendibili

L'attuazione del quadro normativo delineato dal *DSA* e qui sinteticamente richiamato è tutt'ora in divenire. Per quel che concerne il profilo di implementazione dei meccanismi sottesi alla rimozione dei contenuti, tutte le imprese regolamentate hanno dovuto conformarsi

[26] Sull'ambiguità del concetto di rischio sistemico, A. Palumbo - J. Piemonte, *Delega di funzioni regolamentari e lotta ai rischi sistemici causati della disinformazione nel* Digital Services Act*: quali rischi per la libertà di espressione?*, in *ML*, 3/2023, p. 12.

© Wolters Kluwer Italia

al *DSA* entro il 17 febbraio 2024 ed entro il medesimo termine gli Stati membri sono stati chiamati a istituire coordinatori dei servizi digitali. L'Italia ha provveduto entro il termine prescritto e l'Agcom è stata nominata coordinatore dei servizi digitali (*Digital Services Coordinator, DSC*) [27].

Nello svolgimento di tale ruolo, l'Agcom ha adottato, nel luglio 2024, il "*Regolamento di procedura per il riconoscimento della qualifica di segnalatore attendibile ai sensi dell'art. 22 del Regolamento sui servizi digitali*" [28].

Il regolamento, entrato in vigore il 15 settembre 2024, costituisce uno dei primi interventi messi in atto dall'Agcom nell'esercizio delle funzioni di coordinatore dei servizi digitali per l'Italia e rappresenta un passaggio necessario per garantire l'attuazione del disegno predisposto dal medesimo *DSA*.

L'attuazione del *DSA* anche mediante l'implementazione del ruolo dei segnalatori attendibili, tuttavia, non pare consentire di superare i profili problematici fin qui rilevati in relazione all'attività di rimozione dei contenuti.

Il regolamento, infatti, si limita a prevedere che "*segnalatore attendibile, è il soggetto che agisce entro l'ambito di competenza designato, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento sui servizi digitali, per la presentazione di segnalazioni, avvalendosi dei meccanismi di cui all'articolo 16 del medesimo Regolamento, a cui i fornitori di piattaforme online devono garantire che sia data priorità e siano trattate e decise senza indebito ritardo*" [29], disciplinando le modalità per la presentazione dell'istanza di riconoscimento di segnalatore, per la valutazione dei requisiti e per la definizione della pratica nel senso dell'accoglimento o del rigetto.

La qualifica di segnalatore attendibile può essere richiesta, in particolare, da qualunque ente stabilito in Italia che dimostri di disporre di adeguate capacità e competenze specifiche ai fini dell'individuazione, dell'identificazione e della notifica di contenuti illegali e di essere indipendente da qualsiasi fornitore di piattaforme *online* [30].

I segnalatori attendibili sono tenuti a svolgere le proprie attività in modo diligente, accurato e obiettivo [31], in un ambito potenzialmente

---

[27] Art. 50 e 51 *DSA*.
[28] Delibera Agcom 283/24/CONS.
[29] Art. 1, lett. g), All. A, del. 283/24/CONS.
[30] Art. 3 regolamento dell'AGCOM.
[31] Allegato 1, del. 283/24/CONS.

© Wolters Kluwer Italia

molto vasto, stante la previsione del *DSA* secondo cui "*le attività dei segnalatori attendibili non paiono essere focalizzate strettamente e unicamente sui contenuti illegali, ma anche su quelli incompatibili con le condizioni generali e dannosi, particolarmente per i minori*" [32].

I contenuti che potrebbero essere oggetto di segnalazione, dunque, possono essere non soltanto contenuti che violano previsioni normative, ma anche contenuti ritenuti incompatibili con gli *standard* della *community*, oppure contenuti ritenuti dannosi o rischiosi e riconducibili a una o più delle diverse macrocategorie individuate dal regolamento. A tal riguardo, il regolamento Agcom ha indicato un elenco "*a titolo esemplificativo e non esaustivo*" delle aree di competenza dei segnalatori attendibili, ivi collocando macrocategorie diversificate che comprendono tanto il commercio *online*, la *privacy* e la proprietà intellettuale quanto l'ambito elettorale, la disinformazione e la sicurezza pubblica, fino a ricomprendere anche una residuale area denominata "*Altro*" [33].

È evidente, dunque, che l'attività dei segnalatori attendibili si prospetta molto ampia sia in termini di aree di competenza sia di discrezionalità nella segnalazione dei contenuti, ciò soprattutto in attesa di linee guida che dovrebbero offrire maggiore chiarezza, ma che, ad oggi, non risultano ancora pubblicate.

5. Brevi conclusioni

Il tema dell'attuazione del *DSA* e della tutela della libertà di manifestazione del pensiero *online* si prospetta sempre più foriero di molteplici questioni problematiche dal punto di vista giuridico-costituzionale.

Nel corso degli anni è emerso come le piattaforme abbiano rivestito e continuino a rivestire un ruolo da protagoniste nel garantire che lo spazio digitale sia effettivamente improntato alla tutela delle libertà fondamentali e, in particolare, della libertà di manifestazione del pensiero.

L'entrata in vigore del *DSA* ha segnato un momento di passaggio dall'autoregolazione dei *gatekeepers* alla co-regolazione che coinvolge gli Stati al fine di vigilare che l'attività delle piattaforme sia tale da non

[32] Del. 283/24/CONS, p. 15.
[33] Allegato 2, del. 283/24/CONS.

© Wolters Kluwer Italia

compromettere i diritti e le libertà dei singoli, con l'obiettivo dichiarato di costruire un ambiente *online* sicuro.

È certo che una valutazione completa degli effetti dell'attuazione del *DSA* sulle attività delle piattaforme *online* – anche all'esito delle implementazioni richieste agli Stati membri – sarà possibile soltanto dopo un più lungo periodo di applicazione. Ciò che emerge, però, alla luce del quadro fin qui delineato, è un impianto normativo che riconosce un ruolo primario alle piattaforme *online* nell'ambito della libertà di informazione e del diritto di espressione di cui all'art. 21 Cost.

Le criticità sollevate in relazione alla privatizzazione della censura in un contesto di completa autoregolazione, infatti, non paiono del tutto superate a seguito dell'entrata in vigore del *DSA*. Sebbene il regolamento procedimentalizzi l'attività di rimozione coinvolgendo anche soggetti ritenuti particolarmente affidabili (i segnalatori attendibili) e si ponga l'obiettivo di circoscrivere le categorie di contenuti potenzialmente passibili di rimozione, sul piano attuativo tali previsioni rischiano di essere poco incisive rispetto al grande margine di manovra delle piattaforme [34].

Lo stesso regolamento adottato dall'Agcom, d'altronde, individua un'ampia categoria di contenuti che potrebbero essere oggetto di segnalazione e dunque di rimozione, riproponendo le questioni problematiche sollevate già in relazione all'impianto generale del regolamento europeo.

La scelta di intervenire con uno strumento normativo nell'ambito della regolazione dello spazio digitale e del ruolo delle piattaforme *online* ha costituito certamente un passo in avanti rispetto al preesistente contesto di autoregolazione. L'impianto complesso del *DSA* condensa il tentativo di tracciare una disciplina completa e idonea a regolare i molteplici profili di criticità che si erano palesati anche con riferimento a casi specifici di palese limitazione delle libertà fondamentali dei singoli da parte dei *gatekeepers*.

Per quanto il *DSA* rappresenti un intervento normativo volto a impattare fortemente sull'attività delle piattaforme, l'assetto regolamentare delineato in relazione al tema della rimozione dei contenuti non pare idoneo a superare alcune criticità correlate alla discrezionalità dei *gatekeepers* nella scelta di cosa rimuovere e cosa tenere. La procedimentalizzazione dell'attività e la costruzione di un modello che, tramite il coordinatore per i servizi digitali, coinvolge altri soggetti tenuti a con-

[34] Sulla inadeguatezza della disciplina del *DSA*, V. ZENO ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, in *MediaLaws*, 1/2023, pp. 13 ss.

© Wolters Kluwer Italia

tribuire all'individuazione di contenuti ritenuti illegali o "rischiosi", di fatto, non risolve la questione del rischio di censura, ma ne rimodula i contorni. Permane, dunque, il rischio di rimettere nelle mani di soggetti privati – di una molteplicità di soggetti privati – la gestione delle informazioni e l'effettività di un pluralismo *online*, nonché l'effettività della tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

© Wolters Kluwer Italia

ARTE E SOSTENIBILITÀ: RIFLESSI AMBIENTALI DEGLI SPOSTAMENTI DELLE OPERE *

VALERIO MAGGIO

SOMMARIO: 1. Impatto ambientale dei trasporti di opere d'arte. – 2. Dalla esternalità climatica al costo di filiera. – 3. Quote, crediti volontari e *carbon debits*. – 4. Estraneità dell'impatto ambientale agli attuali istituti agevolativi. – 5. Tre modelli di integrazione fiscale nell'*Art Bonus*. – 6. Criticità. – 7. Conclusioni.

Abstract: This paper investigates how the previously unaccounted carbon footprint of transporting artworks to exhibitions can be internalised through tax incentives, reconciling cultural promotion with climate responsibility, and proposes to include verified voluntary carbon credit expenses in the tax computation within mechanisms such as the *Art Bonus*, under three models. Anchoring each euro of incentive to one ton of neutralised CO_2 aligns spending with ESG objectives, enhances transparency, and supports green clauses in loan agreements, marketing, and strategic philanthropy. By integrating carbon credit costs into established tax frameworks, this approach modernises traditional patronage, mobilising resources within familiar scheme to finance sustainable exhibitions and fulfill climate commitments.

1. Impatto ambientale dei trasporti di opere d'arte

Il cambiamento climatico impone ormai un ripensamento trasversale di politiche pubbliche e pratiche settoriali, e di come queste producono effetti inquinanti [1], senza eccezione per il settore culturale.

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

[1] L. CAMPANELLA, *Inquinamento ambientale*, in *EST (online)*, 2007, definisce in-

© Wolters Kluwer Italia

Su questo fronte, l'Unione europea si è impegnata giuridicamente a raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 [2].

L'Italia, in attuazione dell'Accordo di Parigi 2015 [3], ha assunto obblighi analoghi ed ha elevato a rango costituzionale la tutela dell'ambiente accanto a quella del patrimonio culturale [4].

In questo contesto, il mondo della cultura è chiamato a contribuire alla causa, specialmente considerato che l'organizzazione di esposizioni artistiche spesso implica una impronta carbonica tipicamente poco contabilizzata.

Il trasporto aereo di opere d'arte, infatti, genera emissioni fino a 60 volte superiori rispetto al trasporto marittimo [5].

Dunque, come stima operativa, una mostra internazionale nella media può generare tra 10 e 50 tCO_2 e, di cui circa il 95% è derivante dai trasporti complessivi, e circa il 50% dal solo trasporto delle merci [6].

L'impronta "ombra" di CO_2 così generata è stata a lungo trascurata dagli strumenti di sostegno pubblico alla cultura, disegnati su logiche mecenatistiche e, solo in via indiretta, economico-ambientali.

Negli ultimi anni, tuttavia, due fattori hanno reso questo tema non più eludibile: la progressiva internalizzazione del prezzo della CO_2 nei trasporti, e l'emersione di *standard* di *accountability* climatica nel settore culturale (metodologie di calcolo, certificazioni, prassi di neutralizzazione) [7].

Da qui l'ipotesi di lavoro: connettere gli incentivi fiscali per la cultura con i titoli di carbonio, allineando la tutela del patrimonio a quella ambientale, senza snaturare la funzione promozionale degli istituti esistenti che, in ambito ambientale-tributario, vanno orientati verso la tutela dell'ambiente della circolarità dell'economia [8].

---

quinante "*qualunque sostanza, di origine naturale o antropica, che non rientri nella composizione della matrice di interesse (...) e che abbia un effetto ritenuto dannoso sull'ambiente*".

[2] Regolamento (UE) 2021/1119, art. 4.

[3] Sull'Accordo di Parigi, P. PANTALONE, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi e sfide per gli Stati, le imprese e gli individui*, in *Dir. econ.*, 2021, *passim.*

[4] Art. 1 della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

[5] Disponibile su: *https://galleryclimatecoalition.org/shipping/*.

[6] S. LAMBERT - J. HENDERSON, *The carbon footprint of museum loans: a pilot study at Amgueddfa Cymru - National Museum Wales,* 2011, disponibile su: *https://cima-m.org*.

[7] V. ISO 14068-1:2023.

[8] A. COMELLI, *Is Tax Law an Effective Tool to Improve Ecological Transition?,* in A. COMELLI - M. ALLENA (eds.), *Ecological Transition and Environmental Taxation*, Milan, 2023, p. IX ss.

© Wolters Kluwer Italia

Qui l'Italia, con circa un miliardo di euro mobilitati dall'*Art Bonus* nel decennio 2014-2024 [9], può assumere un ruolo pionieristico nell'integrazione tra fiscalità culturale e obiettivi climatici.

2. Dalla esternalità climatica al costo di filiera

Nel quadro europeo, la disciplina sul prezzo delle emissioni è stata significativamente ampliata estendendo lo *European Union Emissions Trading System* ("*ETS*") [10], concepito per essere compatibile con il sistema internazionale di scambio di permessi di inquinamento [11], al trasporto marittimo [12], richiedendo una riduzione progressiva dell'intensità di gas serra dei combustibili [13], e rafforzando il sistema per il trasporto aereo [14].

Tali misure incidono sui noli di spedizionieri e compagnie aeree, che trasferiscono sugli organizzatori di mostre il costo.

In termini più ragionieristici, si consideri che il prezzo delle quote *ETS* orbitava nel 2024 sui 65-80 €/tCO_2 [15].

Per il settore culturale, considerando che il trasporto aereo internazionale rappresenta il 75-95% delle emissioni di una galleria d'arte tipica e tenendo presente i sopracitati prezzi delle quote *ETS*, si stima un impatto significativo sui costi di spedizione delle opere d'arte [16].

Oltretutto, settori come quello dell'arte sono esposti alla concorrenza internazionale, ed i grandi emettitori di CO_2 risultano attualmente svantaggiati rispetto ai soggetti localizzati in Paesi che non adottano questo tipo di imposizioni ambientali [17].

Quanto espresso rende razionale per il settore culturale dotarsi di una strategia credibile di mitigazione e compensazione.

---

[9] Disponibile su: *https://cultura.gov.it*.

[10] Il sistema europeo *cap-and-trade* istituito dalla direttiva 2003/87/CE che fissa un tetto alle emissioni in determinati settori e prevede quote negoziabili che sono acquistate dalle imprese coinvolte sulla base delle loro emissioni. Cfr. F. Amici, *Cessione di quote di emissione*, in *Bil. e Rev.*, 7/2025, p. 34 ss.

[11] B. Pozzo, *La nuova Direttiva (2003/87/CE) sullo scambio delle quote di emissione: prime osservazioni*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 17.

[12] Direttiva (UE) 2023/959.

[13] Regolamento (UE) 2023/1805.

[14] Direttiva (UE) 2023/958.

[15] Disponibile su: *https://about.bnef.com*.

[16] Disponibile su: *https://galleryclimatecoalition.org/shipping/*.

[17] D. Demailly - P. Quirion, *Concilier compétitivité industrielle et politique climatique: Faut-il distribuer les quotas de CO2 en fonction de la production ou bien les ajuster aux frontières?*, in *Rev. écon.*, vol. LIX, 3/2008, p. 498.

© Wolters Kluwer Italia

3. Quote, crediti volontari e *carbon debits*

Per evitare fraintendimenti, occorre distinguere tra quote di conformità (come le quote *ETS* già menzionate), crediti volontari di compensazione ("*VCC*") e *carbon debits* ("*CD*").

Le quote, disciplinate dalla direttiva 2003/87/CE, consistono in permessi di emissione commercializzati su mercati "artificiali" [18] che i soggetti obbligati devono acquistare.

In una prima analisi, queste sembravano inizialmente identificabili come beni mobili immateriali [19], tuttavia, la direttiva 2014/65/UE (MiFID II), elenca le tipologie di strumenti a cui si applica la disciplina, ed al punto 11 della sezione C, Allegato I, si rinvengono le quote di emissione [20].

I *VCC*, invece, sono unità rilasciate da enti certificatori privati a fronte di riduzioni o rimozioni addizionali al di fuori dei sistemi obbligatori di scambio [21] ed attestanti la riduzione o rimozione dall'atmosfera di CO_2 ed equivalenti [22].

Servono a compensare emissioni finanziando indirettamente progetti di mitigazione climatica, secondo requisiti previsti dai programmi di certificazione e norme tecniche [23].

A tal proposito, il regolamento (UE) 3012 del 2024 ha introdotto il quadro di certificazione delle rimozioni per rafforzare l'integrità del mercato, che completa il mercato volontario e l'*ETS* fornendo un marchio qualitativo per le rimozioni.

In questo contesto, il vettore resta nel campo delle "quote", mentre il museo/*sponsor* che vuole neutralizzare il proprio impatto entra nell'ambito dei *VCC*.

Per le due categorie rappresentate finora, si precisa che la giurisprudenza ha escluso che questi possano intendersi quali fonti di diritti

---

[18] Così definiti da M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Milano, 2002, p. 229 ss.

[19] P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *L'Emissions Trading Scheme: aspetti contabili e fiscali*, in *Dir. prat. trib*, 1/2010, p. 27.

[20] L. PAROLA - M. MICCOLI, *Direttiva MIFID II: i nuovi confini tra prodotti energetici all'ingrosso, derivati su merci e strumenti finanziari e impatto sugli operatori*, in *Dir. comm. intern.*, 2/2015, p. 565 ss.

[21] M. LAZZARI, *Come le aziende possono finanziare l'azione per il clima*, in *Amm. Fin.*, 10/2023, pp. 65-74.

[22] D. LENZI, *Il mercato volontario di carbon credits: un primo inquadramento problematico*, in *Banca impr. soc.*, 3/2023, p. 563.

[23] Es. ISO 14064-2:2019; BSI PAS 2060:2014.

© Wolters Kluwer Italia

di credito, non conferendo quindi alcun diritto ad una specifica prestazione derivante da un rapporto obbligatorio [24].

Il *CD*, infine, è inteso come la passività climatica residua che scaturisce dall'organizzazione della mostra dopo aver adottato tutte le riduzioni tecnicamente ed economicamente ragionevoli.

Il *CD* non ha natura tributaria, non presuppone capacità contributiva né un arricchimento del soggetto [25], ma si configura come recupero di un'esternalità negativa.

La distinzione rispetto alle quote è quindi netta: le quote attengono alla responsabilità pubblicistica del trasportatore (in contrapposizione a quella più privatistica dei *VCC*), ed il *CD* riguarda la responsabilità organizzativa dell'evento e la sua *accountability* climatica, configurandosi come una forma di responsabilità per danno ambientale, in linea con il principio "chi inquina paga" [26].

4. Estraneità dell'impatto ambientale agli attuali istituti agevolativi

Una volta internalizzata l'esternalità climatica, sorge la questione di come l'ordinamento incentivi la sua neutralizzazione.

Il naturale terreno di indagine è quello degli strumenti di fiscalità culturale, all'interno dei quali occorre verificare se esistano già meccanismi idonei a sostenere tali oneri o se sia necessario un intervento in via novativa.

In Italia, il principale strumento fiscale di mecenatismo culturale è l'istituto dell'*Art Bonus* [27], il quale riconosce un credito d'imposta del 65% a persone fisiche o soggetti d'impresa che effettuano erogazioni liberali [28] in denaro di cui alla l. n. 106 del 2014 [29] a favore del patri-

---

[24] Cass. civ., sez. V, 10 ottobre 2019, n. 25492.

[25] R. Lupi, *Diritto Amministrativo dei tributi*, II ed., Roma, 2018, p. 36 ss.

[26] Art. 191, par. 2, TFUE.

[27] Per un primo commento: G. Pennisi, Art bonus*. Un commento al decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83 del 2014*, in *Astrid*, Rassegna, n. 11/2014, p. 1 ss.

[28] Definito come "*un contributo in danaro elargito da un benefattore senza obblighi di controprestazione o riconoscimenti di natura economica da parte del soggetto ricevente*", S. Pieroni, *Il patrimonio culturale cittadino tra* Art bonus *e sponsorizzazioni*, in *Nuove Auton.*, 1/2018, p. 2.

[29] "*Possono infatti usufruire dell'*Art bonus*: persone fisiche non imprenditori (dipendenti, titolari di reddito di lavoro autonomo, pensionati ecc.) ed enti non commerciali (associazioni ecc.), sia residenti che non residenti in Italia; società semplici [...]*". S. Pieroni, *Il patrimonio culturale cittadino*, cit., p. 173.

© Wolters Kluwer Italia

monio culturale pubblico, a prescindere dalla loro forma e natura giuridica [30].

Introdotto dal d.l. 83 del 2014, ha convogliato risorse private verso manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici, sostegno a istituti e luoghi della cultura, fondazioni lirico-sinfoniche e teatri di tradizione, nonché a concessionari e affidatari, sebbene con il dovuto livello di tecnicismo [31].

Il beneficio "*si pone fuori dalla logica della determinazione dei tributi; è nella sostanza una sovvenzione «autoliquidata» dal contribuente, uno strumento di pagamento dei tributi, che interviene quindi dopo il calcolo dei medesimi, venendo commisurato ad una erogazione concettualmente estranea all'esercizio delle attività da cui deriva il reddito*" [32].

Tale ricostruzione trova conforto nell'autorevole dottrina tributaria che inquadra simili fattispecie nella categoria delle "agevolazioni in senso stretto" o esenzioni, distinte dalle mere esclusioni o deduzioni sistemiche [33].

Secondo la teoria della finanza funzionale [34], l'istituto si configura come una "spesa fiscale", ossia una rinuncia al gettito erariale che lo Stato opera deliberatamente per perseguire fini extra-fiscali di rango costituzionale.

In altri termini, il legislatore utilizza lo strumento tributario non per misurare la capacità contributiva netta (art. 53 Cost.), bensì come leva promozionale per orientare i comportamenti dei privati verso utilità sociali specifiche.

Se dunque la *ratio* dell'*Art Bonus* è quella di un mecenatismo sussidiario in cui il privato si sostituisce allo Stato nel finanziamento di un bene pubblico, ne consegue che l'oggetto di tale finanziamento deve evolvere coerentemente con l'evoluzione dei valori costituzionali tutelati.

Il perimetro normativo è eminentemente culturale e non contempla espressamente tra le spese ammissibili quelle destinate alla mitigazione

---

[30] Art. 1 del d.l. n. 83/2014, conv. l. 29 luglio 2014, n. 106.

[31] G. BONANNO - S. SANTALUCIA, *Piano Transizione 5.0: procedure e aspetti critici di una grande opportunità*, in *Corr. trib.*, 2024, p. 947 ss.

[32] R. LUPI, *L'*Art Bonus *come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 3/2014, p. 1.

[33] S. LA ROSA, *Esenzioni ed agevolazioni tributarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 ss.

[34] A.P. LERNER, *The Economics of Control*, New York, 1944, *passim*.

© Wolters Kluwer Italia

o compensazione dell'impatto ambientale legato alla fruizione o movimentazione dei beni stessi.

Tali costi, ad oggi, restano al di fuori del campo di applicazione diretto dell'agevolazione.

L'Agenzia delle Entrate, con circolare n. 34/2023, ha confermato i requisiti di spontaneità delle erogazioni, stabilendo limiti del 15% del reddito imponibile per persone fisiche e 5‰ dei ricavi per imprese [35].

Ne discende l'interrogativo: i costi per neutralizzare le emissioni di una mostra possono rientrare nel beneficio fiscale?

A sostegno di questa traiettoria evolutiva soccorre, in primo luogo, la recente riforma costituzionale [36].

L'art. 9 Cost., con l'inserimento della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi accanto a quella del patrimonio storico-artistico, non ha creato due tutele monadi e distinte, bensì ha sancito una nuova unità sistemica dei valori fondamentali.

La tutela del paesaggio e del patrimonio (co. 2) e quella dell'ambiente (co. 3) devono ora leggersi in combinato disposto, suggerendo che la valorizzazione culturale non possa più prescindere dalla sostenibilità ecologica delle sue pratiche gestionali.

Ancor più incisiva, in ottica di filiera economica dell'arte, è la modifica dell'art. 41 Cost., il quale ora statuisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno all'ambiente e che la legge determina i programmi e i controlli affinché l'attività economica possa essere indirizzata a fini sociali e ambientali.

Ne deriva un preciso mandato costituzionale per il legislatore tributario: conformare il sistema fiscale affinché incentivi le imprese culturali a internalizzare i costi ambientali.

Sul piano sovranazionale, tale approccio attua il principio europeo "chi inquina paga" (art. 191 TFUE) in una declinazione moderna e propositiva.

Come osservato dalla dottrina [37] e dalla prassi comunitaria, tale principio non si limita a imporre sanzioni o tributi ambientali a carico del danneggiante, ma legittima altresì l'uso di strumenti premiali per

---

[35] Cfr. Circolare Agenzia Entrate n. 34/2023.

[36] Art. 1 della l. cost. 1/2022.

[37] A.F. Uricchio, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. Prat. Trib*., 1/2017, p. 1854 ss.; Id., *Capacità contributiva e "agenda" del terzo millennio: dalla tutela dell'ambiente all'economia circolare*, in V. Mastroiacovo - G. Melis (a cura di), *Il diritto costituzionale nella prospettiva del terzo millennio*, Torino, 2022, p. 123 ss.; S. Grassi, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *Federalismi.it*, 13/2023, p. 1 ss.

© Wolters Kluwer Italia

chi adotti misure di mitigazione superiori agli *standard* minimi di legge, trasformando la responsabilità ambientale da mero costo di *compliance* a fattore di competitività agevolata.

Parallelamente, nel Regno Unito opera dal 2017 il *Museums & Galleries Exhibition Tax Relief* ("*MGETR*"), inserito tra le *creative industry tax reliefs* [38].

Il *MGETR* agisce sui costi dell'organizzatore (soggetto alla *corporation tax*), non del donatore, riconoscendo una deduzione di spesa maggiorata che, in assenza di utile, è convertibile in credito d'imposta.

Le aliquote sono al 40% o al 45% (sulla base che siano itineranti o meno), con tetti di £80.000 - £100.000 per mostra [39].

Dal 2017 al 2024 ha mobilitato £115 milioni di investimenti nel settore per 11.145 mostre [40].

La filosofia è nettamente diversa rispetto a quella italiana: l'Italia mobilita capitale privato premiando il donatore, mentre il Regno Unito sostiene direttamente l'organizzazione del fenomeno culturale operata dall'ente.

5. Tre modelli di integrazione fiscale nell'*Art Bonus*

Esaminato il contesto, e concentrandosi sul più problematico *Art Bonus*, si possono ipotizzare tre modelli di integrazione fiscale.

Il primo modello, come anticipato, prevede l'inclusione della liberalità per scopi di compensazione climatica tra gli interventi ammessi.

Questo richiederebbe un chiarimento interpretativo dell'Agenzia delle Entrate [41] ovvero una modifica di legge per l'*Art Bonus*.

La documentazione necessaria potrebbe comprendere la fattura dei crediti ed il certificato di cancellazione rilasciato dal registro accreditato, con indicazione dell'ID seriale, del progetto e della metodologia, in modo da assicurare tracciabilità e prevenire il doppio conteggio.

Il punto di forza sarebbe la semplicità e continuità con gli schemi esistenti.

Il secondo modello introduce una maggiorazione (*id est*, un coef-

[38] Finance (No. 2) Act 2017, Schedule 6.

[39] HMRC internal manual (MGETR70100), Museums and Galleries Exhibition Tax Relief, 2018.

[40] Disponibile su: *https://www.gov.uk*.

[41] Per esempio, ricomprendere nella definizione di "*sostegno*" anche i costi ambientali.

© Wolters Kluwer Italia

ficiente moltiplicativo) nella base agevolabile per le spese di neutralizzazione.

Il modello qui supera la mera neutralità e premia chi chiude l'esternalità.

Analogamente ai superammortamenti per beni strumentali di imprese e professionisti [42], il *green uplift* crea un beneficio superiore al costo sostenuto.

Il terzo modello, più innovativo, prevede un "*Carbon Art Credit*" autonomo e trasferibile, dove per ogni tonnellata di CO_2 e neutralizzata attraverso crediti conformi a *standard* riconosciuti, viene rilasciato un *voucher* fiscale di valore "x €/t" utilizzabile fiscalmente o cedibile a terzi.

Il valore potrebbe essere ancorato (es.) al prezzo medio trimestrale dello *European Union Allowance* (*id est*, l'unità del mercato *ETS*) per stabilità.

La cedibilità assicura liquidità anche a istituzioni con scarsa capienza fiscale, attraendo capitali *ESG*.

I tre modelli proposti muovono dall'assunto che, come già accennato, il costo di estinzione del *CD* non integra un prelievo impositivo, bensì un onere compensativo.

Un'imposta presuppone capacità contributiva e si commisura al valore economico dell'attività tassata, mentre qui si chiude l'esternalità generata dalla mostra, non si tassa una capacità economica.

Ne discende, sul piano fiscale, la coerenza dell'inclusione tra le spese agevolabili (Modello 1) o della maggiorazione incentivante (Modello 2); e, in prospettiva, la possibilità di un *Carbon Art Credit* (Modello 3), senza divergere dalla promozione culturale legata alla sostenibilità ambientale.

6. Criticità

In un'ottica culturale, l'estensione dell'*Art Bonus* e/o l'istituzione di un *Carbon Art Credit* si inseriscono con coerenza nel quadro delle politiche europee per la sostenibilità [43] e nell'impianto costituzionale nazionale, tuttavia il sistema non è privo di criticità che si riassumono principalmente nel rischio di *greenwashing* e scarsa compensazione ambientale all'interno del mercato volontario.

[42] L. 28 dicembre 2015, n. 208.
[43] Cfr. *Green Deal* Europeo (COM(2019)640).

© Wolters Kluwer Italia

Qui l'effettiva corrispondenza tra quanto dichiarato nel *VCC* e l'impatto climatico concretamente realizzato, risulta di difficile verifica, anche laddove un soggetto fosse interessato a verificare.

Colui che intende compensare a mezzo di *VCC* deve pertanto, affidarsi alle verifiche realizzate dai gestori dei registri, da un lato, e dal terzo attestatore, dall'altro.

Inoltre, come è stato rilevato [44], i soggetti coinvolti traggono beneficio da una stima rialzata dell'impatto climatico positivo generato dal progetto collegato al *VCC*, in quanto i compensi per il registro sono proporzionati al numero di certificati (ossia di *VCC*) emessi.

Un secondo aspetto da tenere a mente è che l'*Art Bonus* opera esclusivamente a favore di istituti pubblici e che donazioni liberali a favore di soggetti privati non godrebbero del credito d'imposta.

Tuttavia, se la mostra privata fosse ospitata o co-prodotta da un museo o luogo della cultura pubblico, e la donazione fosse diretta all'ente pubblico per sostenere quel progetto, l'*Art Bonus* potrebbe trovare applicabilità.

Un intervento normativo o interpretativo che qualifichi come ammissibili tali donazioni sarebbe tuttavia necessario, tenendo presente che, in ogni caso, l'*Art Bonus* continuerebbe a premiare erogazioni liberali in denaro con carattere di spontaneità e senza controprestazioni economicamente rilevanti; un limite che getta incertezza sul sistema, essendo il concetto di "rilevante" del tutto arbitrario.

Segue la criticità attinente al rischio di abusi legati alla qualificazione dell'oggetto trasportato come "opera d'arte", nozione potenzialmente elastica.

Per prevenire manovre elusive, l'accesso all'incentivo deve essere ancorato alla nozione giuridica di "bene culturale", come definita dal d. lgs. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

Nei modelli che si innestano sull'*Art Bonus* (Modelli 1 e 2), tale rischio è già intrinsecamente mitigato: il filtro è la stessa istituzione pubblica, che seleziona l'opera secondo criteri scientifici, facendosi garante della sua rilevanza.

Qualora si optasse per un credito autonomo e slegato dall'ente pubblico (Modello 3), diverrebbe invece indispensabile condizionare il beneficio al trasporto di beni privati per cui sia già intervenuta la "dichiarazione di interesse culturale" o di beni appartenenti a collezioni

---

[44] V. BATTOCLETTI - L. ENRIQUES - A. ROMANO, *The Voluntary Carbon Market: Market Failures and Policy Implications*, in *ECGI - Law Work. Paper*, 688/2023, p. 24 ss.

© Wolters Kluwer Italia

pubbliche, assicurando così la certezza giuridica e la coerenza della misura.

Un'ultima considerazione di minor rilievo attiene alla tassabilità dei *VCC* o *Carbon Art Credits* nel momento in cui questi generano una plusvalenza in fase di cessione a titolo oneroso [45].

7. Conclusioni

L'imperativo costituzionale dell'art. 9 e gli obiettivi europei di neutralità climatica richiedono un approccio sistemico che integri tutela del patrimonio e sostenibilità ambientale.

Le emissioni connesse alla movimentazione delle opere e all'organizzazione delle mostre devono essere compensate attraverso strumenti che mantengano l'eccellenza culturale.

Gli incentivi fiscali mirati possono fungere da catalizzatori di comportamenti virtuosi e di risorse dedicate.

L'integrazione di uno dei tre modelli proposti nell'incentivo poggerebbe su tre pilastri: l'acquisizione di competenze specialistiche, la definizione di regole chiare, ed un sistema di controlli proporzionato.

In questo modo, musei e istituzioni culturali potrebbero attrarre sponsorizzazioni *green* e ottimizzare la logistica verso soluzioni a minore impatto, gli *sponsor* otterrebbero ritorni fiscali e di reputazione *ESG*, e la collettività beneficerebbe di minori impatti.

Il passaggio da un mecenatismo statico a una promozione dell'arte strutturalmente allineata alla responsabilità climatica significa trasformare il *CD* da costo a opportunità di innovazione fiscale, segnando il passaggio ad una visione dinamica, in cui la promozione dell'arte si allinea strutturalmente con la responsabilità climatica.

[45] P. De' Capitani di Vimercate, *L'Emissions Trading Scheme: aspetti contabili e fiscali*, cit., p. 39-40.

© Wolters Kluwer Italia

Sezione Sesta

FONTI SOVRANAZIONALI E DIRITTO COMPARATO PER UN'INDAGINE CRITICA NELL'ORIZZONTE GLOBALE

CRISI E TENUTA DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA: UNO STUDIO COSTITUZIONALE TRA ITALIA E GERMANIA *

MARIKA VADINI

SOMMARIO: 1. Il principio democratico nella Costituzione italiana. – 1.1. Sovranità, Costituzione e rappresentanza. – 2. Lo Stato dei partiti come espressione del pluralismo: un confronto tra Italia e Germania. – 2.1. Il metodo democratico *ex* art. 49 Cost. – 2.2. Democrazia protetta e *Grundgesetz*. – 3. Rappresentanza e governabilità nella vicenda italiana. – 3.1. La crisi dei partiti. – 3.2. Disciplina elettorale e rappresentanza. – 4. Profili di crisi nella Repubblica Federale Tedesca. – 5. Conclusioni.

Abstract: Starting from the proclamation of Italy as a democratic Republic under Article 1 of the Constitution, and from the idea that democracy has a substantive rather than procedural nature — implying alternation between rulers and ruled and not reducible to representation alone — this paper examines the resilience of democratic institutions in Italy and in comparative perspective. The ongoing crisis of democracy has reshaped the system, marked by fragmentation and repeated reforms aimed at stability, often at the cost of representation, as noted by the Constitutional Court. Weak majorities, frequent electoral reforms, and parliamentary decline have fostered power concentration in the executive and the rise of personalistic, quasi-presidential tendencies. Economic actors also play an increasing role in decision-making. Today, the crisis of democracy extends across Europe. In Germany, long seen as a model of stability, signs of fragility have emerged — from the weakening of the chancellorship and the decline of the limited multiparty system to the rise of anti-system forces and growing difficulties in forming stable coalitions.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. Il principio democratico nella Costituzione italiana

Con la proclamazione dell'Italia quale *Repubblica democratica* fondata sul lavoro, la Costituzione del 1947 ha scolpito un principio di portata sostanziale, capace di sintetizzare i valori fondamentali e generalissimi dell'ordinamento e di orientare l'intero impianto costituzionale [1]. L'affermazione, infatti, non può ridursi, *sic et simpliciter*, a un insieme di mere regole procedurali o formali, ma esige – secondo autorevole dottrina [2] – un significato più profondo, divenendo in questa prospettiva essenziale "*l'alternarsi del comando e dell'obbedienza, per cui i governanti di oggi sono in potenza i sudditi di domani e le leggi che vigono oggi potranno essere abrogate domani*" [3].

Sarebbe senz'altro errato, dunque, cadere nell'equivoco di intendere l'ordine democratico come espressione dell'onnipotenza della maggioranza [4], posto che un ordine può dirsi democratico solo quando "*si riconosce al cittadino, ad ogni cittadino, la capacità di creare diritto*" e non vi sono "*duci e seguaci*". In un tale sistema, non ci si limita ad affermare il semplice principio della pari dignità di ogni cittadino, bensì "*[la] sovrana dignità di tutti i cittadini*" [5], con la conseguenza che questi ultimi non potrebbero mai essere resi schiavi dalle leggi, né tantomeno potrebbe essere loro negata quella "indipendenza" e quella "dignità" [6] da cui le leggi medesime ricavano il proprio valore.

---

[1] C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 1.

[2] V. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 6 ss.

[3] *Id.*, p. 7.

[4] Diversamente, Kelsen, assumendo una visione relativistica delle forme di Stato, considera la democrazia solo un'alternativa all'autocrazia e, dal punto di vista della scienza sociale, pur reputandola personalmente migliore, la considera una conseguenza di una possibile visione del mondo. La visione della democrazia in Kelsen, pur fondata sull'autodeterminazione politica e sulla reciprocità, è però contenutisticamente debole, poiché si reggerebbe su criteri meramente quantitativi: l'auspicata massima libertà per tutti si realizza tramite la decisione della maggioranza, riducendo la partecipazione popolare a criterio tecnico-decisionale, privo di contenuto politico. V. H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo* (1933), tr. it. in *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, pp. 40 ss.; ID., *Essenza e valore della democrazia* (1929), tr. it. in *La democrazia*, Bologna, 1955, pp. 25 ss.; sul punto le considerazioni di S. MANGIAMELI, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale*, in *Dir. e Soc*., 4/2024, pp. 607 ss.

[5] C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1,* cit., p. 9. A tal proposito, si ricordi che secondo C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), tr. it., Milano, 1981, pp. 307 ss., il principio di eguaglianza sostanziale rappresenterebbe il presupposto essenziale della democrazia.

[6] C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 9.

© Wolters Kluwer Italia

1.1. *Sovranità, Costituzione e rappresentanza*

In questa prospettiva, di indiscutibile rilievo è il co. 2 dell'art. 1, il quale afferma che la *sovranità appartiene al popolo* e viene esercitata nelle *forme* e nei *limiti* della Costituzione. Invero, non potrebbe essere diversamente per una Costituzione che, rigettando la precedente impostazione Stato-centrica, accoglie la primarietà della persona e della sua dignità, che si manifesta anche sul piano politico e partecipativo. Come è stato osservato, difatti, il significato più autentico del *krátos* del *demos* non risiederebbe nella nuda sovranità, bensì nel suo concreto esercizio [7] e la Repubblica italiana non sarebbe democratica perché "*democraticamente governata*", bensì perché "*democraticamente governante*" [8]. Se il Costituente, poi, ha inteso garantire ai cittadini la possibilità di associarsi per discutere liberamente gli atti dei governanti, – nonché di iscriversi ai partiti per contribuire alla formazione della politica nazionale, di esprimersi mediante la libertà di stampa e di manifestare le proprie preferenze attraverso le libere elezioni – allora la proclamazione per cui la sovranità appartiene al popolo e va esercitata "*nelle forme e nei limiti*" della Costituzione, non allude ad una restrizione dell'esercizio della medesima, ma, al contrario, rappresenta il riconoscimento, da parte della Costituzione, di una sovranità che ivi trova organizzazione e concreta possibilità di estrinsecarsi [9].

Per lo studioso del diritto pubblico, poi, è chiaro come, nelle Costituzioni democratiche moderne e contemporanee, non si possa parlare di modelli di partecipazione diretta, in cui il governo del popolo può reggersi unicamente su sé stesso, bensì si richieda un'organizzazione democratica entro canali rappresentativi [10]. La Costituzione italiana ne fa la previsione all'art. 67, ove afferma che "*Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato*" [11]; in modo analogo, la Costituzione tedesca, sancisce all'art. 20, par. 1, che "*La Repubblica federale tedesca è uno Stato (...) democratico e sociale*", e, all'art. 38, par. 1, che "*I membri del*

---

[7] *Id.*, p. 10.

[8] D. Nocilla, *Responsabilità e rappresentanza*, in *Iustitia*, 1985, p. 375.

[9] V. S. Mangiameli, *Verità e certezza*, cit., pp. 607 ss.

[10] Attraverso quelle che Crisafulli individua come formazioni partecipative di ordine "legale" e nelle quali fa rientrare il popolo nella sede elettorale (V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione*, ora in *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 123); sul punto anche A. D'Atena, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Torino, 2006, pp. 44 ss.

[11] V. art. 67 della Costituzione della Repubblica Italiana.

© Wolters Kluwer Italia

Bundestag tedesco sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, eguale e segreto. Sono rappresentanti dell'intero popolo, non vincolati da mandati o istruzioni e soggetti solo alla propria coscienza" [12].

2. Lo Stato dei partiti come espressione del pluralismo: un confronto tra Italia e Germania

Se è vero che la sovranità del popolo esiste in quanto si organizza e vive con la Costituzione, allora risulta centrale nel nostro discorso l'apporto dei partiti politici che, più di ogni altra formazione sociale, hanno contribuito alla partecipazione effettiva dei cittadini alla vita dello Stato, portando il popolo in Parlamento e spodestando "*i notabili e i nobili*" da quella "*tribuna privilegiata della società*" [13]. Si tratta, a ben vedere, di una centralità che non si manifesta solamente nell'ordinamento italiano, ma anche – e con caratteri ancora più chiari – in altri ordinamenti europei, con particolare risultanza di quello tedesco [14], in cui la scelta democratica, integrata dal modello federale e da quello di Stato sociale, viene riconosciuta ed elevata a principio costituzionale di struttura della Repubblica (art. 20, par. 1, GG).

Le due Costituzioni, elaborate all'indomani dei totalitarismi del Novecento, hanno ritenuto di inserire dei peculiari strumenti a tutela di quel confronto dialettico e di quel pluralismo sociale e istituzionale sintomatici dell'ordine democratico.

Certo è che, nel caso italiano, il sistema delle garanzie risulta meno esplicito rispetto a quello tedesco, soprattutto rispetto all'idea della *Wehrhafte Demokratie* – quasi sacralizzata nel *Grundgesetz* del 1949 – che origina dalle riflessioni di Karl Loewenstein [15], circa la possibilità, per gli ordinamenti democratici, di adottare misure di carattere preventivo – talvolta anche apparentemente illiberali – per neutralizzare le aspirazioni di coloro che, pur avvalendosi di strumenti formalmente

---

[12] Art. 20 e 38 della Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca.

[13] S. MANGIAMELI, *Partiti politici e parlamentarismo tra principio liberale e principio democratico. A partire da una riflessione su Heinrich Triepel*, in E. GIANFRANCESCO - G. GRASSO (a cura di), *Heinrich Triepel. La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, Milano, 2015, p. 51.

[14] Sul punto v. E.W. BÖCKENFORDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip,* in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, Heidelberg, 1987, pp. 887 ss. e M. HERDEGEN, *Materielle Schranken der Vervassungsänderung*, in T. MAUNZ - G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, München, 2014, pp. 64 ss.

[15] V. K. LOEWENSTEIN, *Diskussionsbeitrag*, in H. GERBER u. a. (eds.), *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, Berlin-Leipzig, 1932.

© Wolters Kluwer Italia

democratici, intendano sconvolgere l'assetto istituzionale, distruggendolo [16].

2.1. *Il metodo democratico* ex *art. 49 Cost.*

Ciò che i Costituenti italiani hanno accolto, invece, è la sostanziale idea per cui non rilevi, ai fini del riconoscimento dello *status* di partito, l'adesione ad una specifica ideologia, per quanto potenzialmente pericolosa – con l'eccezione del divieto della riorganizzazione del disciolto partito fascista (XII disp. trans.) – bensì l'aspirazione alla determinazione della politica nazionale [17] nel suo *complesso* e nella sua *complessità*.

Ciò stabilendo, questi non avevano inteso ignorare il contenuto ideologico dei partiti, ma ne negavano l'essenzialità. Così, contro le formazioni più eversive, la Carta ha previsto, a parte il già richiamato divieto di ricostituzione del partito fascista, la necessità che i partiti concorressero a determinare la politica dello Stato con "*metodo democratico*". In tal senso, con metodo antidemocratico agirebbe certamente un partito politico che "*partecipando alla vita parlamentare si proponesse di sabotarla*" – spingendo "*i propri deputati e senatori all'assenteismo, all'ostruzionismo o all'aventinismo*", o, ancora, chiedendo "*ai propri iscritti di non partecipare alle elezioni*" [18] – ma, ancora di più, lo sarebbe quello che, mediante il proprio agire, miri in ultima analisi all'esclusione dei cittadini dalla vita politica [19], ponendo così le basi per la dittatura del *singolo* o dei *pochi*.

2.2. *Democrazia protetta e* Grundgesetz

Di contro, gli strumenti di cui la Democrazia tedesca può servirsi, sono molteplici [20], ma, con stretto riferimento allo Stato dei partiti, la

---

[16] M. Rosenfeld - A. Sajò, *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, 2012, p. 1253, ma anche J. Becker, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in J. Isensee - P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, Heidelberg, 1992, pp. 312-313.

[17] C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, cit., pp. 218 ss.

[18] *Id.*, p. 237.

[19] *Id.*, p. 238.

[20] Si rimanda a quanto sancito negli art. 9 e 18 GG, relativamente alle associazioni e all'abuso della libera espressione del singolo come strumento di lotta contro

© Wolters Kluwer Italia

lettera di cui all'art. 21, par. 1 e 2, è stata oggetto di significativa elaborazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* [21]. In particolare, la Corte costituzionale tedesca ha ripetutamente sottolineato come, per la stretta partecipazione alla formazione della volontà politica del popolo, i partiti debbano essere oggetto di un'attenzione rigorosa, potendosi giungere al divieto di finanziamento o, nei casi più gravi, allo *scioglimento* da parte della medesima [22].

È questa un'autentica espressione di "democrazia militante" (*wehrhafte Demokratie*), maturata alla luce dei nefasti eventi che portarono alla capitolazione di Weimar, in un contesto nel quale anche i diritti fondamentali possono essere perduti o limitati, per coloro che contrastano l'ordinamento fondamentale democratico e liberale (art. 18 GG). L'intento, evidentemente, è quello di evitare che si possano riproporre le stesse dinamiche che avevano in passato consentito, celandosi dietro l'elegante "maschera della legalità" [23], di sconvolgere gli assetti democratici. La vicenda di *Alternative für Deutschland*, di cui si parlerà, ha tuttavia messo bene in evidenza i limiti odierni degli strumenti della democrazia protetta, specie nella loro dimensione di legittimità agli occhi dell'opinione pubblica: la volontà di impiegare misure restrittive nei confronti di un partito democraticamente eletto ha sollevato non poche perplessità sulla compatibilità con il principio di sovranità popolare, in un contesto, peraltro, segnato dalla crescente disaffezione elettorale.

3. Rappresentanza e governabilità nella vicenda italiana

Già nel suo "*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*" del 1923, Carl Schmitt manifestava una visione ben critica sul futuro del parlamentarismo. Corrodendo quella fede nella discussione e nel pubblico dibattito che dovrebbe essere tipica delle aule parlamentari, affermava che "*Grandi decisioni politiche ed economiche da cui dipende oggi il destino degli uomini non sono più il risultato (se mai lo sono stato) di un equilibramento delle opinioni pubblica-*

---

l'ordine democratico di base, nonché allo studio di M. HERDEGEN, *Op. cit.*, pp. 35 ss., su quella che la dottrina tedesca ha pacificamente definito la "clausola di eternità" (*Ewigkeitsklausel*) dell'ordinamento, sancita all'art. 79, par. 3.

[21] V. H. MAUER - K. SCHWARZ, *Staatsrecht*, Bd. I, 7. Aufl., München, 2023, pp. 695 ss.

[22] BVerfG 2, 1, 23 ottobre 1952, 1 BvB 1/51 e BVerfGE 5, 85, 17 agosto 1956, 1 BvB 2/51.

[23] M. HERDEGEN, *Op. cit.*, p. 40.

© Wolters Kluwer Italia

mente contrapposte e nemmeno [...] il risultato di dibattiti parlamentari" [24]. In questa direzione, l'affermarsi del sistema parlamentare, come reazione alla politica segreta dei principi assolutisti, perde di valore, portando, di contro, alla reminiscenza dell'arcano e del dibattito come mera formalità, che rende "*vuota*" e "*caduca*" [25] l'intera attività del Parlamento.

3.1. *La crisi dei partiti*

In Italia, l'incorporazione dei partiti nello Stato in ragione dei compiti pubblici espletati è avvenuta piuttosto lentamente e, tuttavia, attualmente è messa fortemente in crisi, in quanto questi, se si presuppone che dovrebbero restare "*ancorati alla relazione sociale e, quindi, in grado di avere una relazione con i propri militanti, i propri elettori e con i cittadini in genere*" [26], al contrario, hanno coltivato relazioni sempre più intense con i poteri economici e consequenzialmente più blande con i propri elettori.

Certamente, lo strettissimo legame tra politica, conquista dello Stato e ricchezza è noto ai più, e perciò risulta di facile comprensione come l'avanzata delle élite finanziarie, a far data dalla crisi del 1992, abbia "*desacralizzato*" [27] la posizione del partito e sostituito alla militanza politica una subordinazione della politica al potere economico e ridotto il rapporto con gli elettori al semplice mercato dei voti [28].

Le logiche democratiche risultano ormai significativamente impoverite e il panorama politico, sempre più frammentato e contrassegnato dalla disaffezione, tenta di essere salvato attraverso riforme elettorali che, orientate al consolidamento della stabilità, sacrificano però la rappresentanza e innescano dubbi crescenti sul versante della legittimazio-

---

[24] C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), tr. it., *Parlamentarismo e Democrazia*, Cosenza, 1988, pp. 41-42.

[25] *Id.*, p. 42.

[26] S. Mangiameli, *Brevi osservazioni sulla crisi della democrazia in Italia*, ottobre 2013, in *www.issirfa-spoglio.cnr.it*, p. 5.

[27] *Ibidem*. Sull'intervento degli attori economici nei circuiti decisionali, v. S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, ora in *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, pp. 229 ss.; M. Michetti, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari Regole Prassi*, Torino, 2023, pp. 133 ss.; C. Crouch, *Postdemocrazia*, tr. it., Roma-Bari, 2003, pp. 17 ss.

[28] S. Mangiameli, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in *Riv. AIC*, 4/2013, pp. 36 ss.

© Wolters Kluwer Italia

ne che le elezioni dovrebbero conferire al sistema istituzionale. La svolta verso il maggioritario operata dal *referendum* elettorale del 1993 aveva tentato di condurre la Repubblica fuori dall'*impasse* che si era creata nel funzionamento del parlamentarismo compromissorio e intendeva perseguire un rafforzamento degli equilibri democratici, restituendo il potere di decisione all'elettore. Il risultato fu però agli antipodi, posto che i partiti, grazie ad un uso eterodosso del sistema maggioritario di collegio, divennero dei consorzi dai caratteri eminentemente autoreferenziali.

3.2. *Disciplina elettorale e rappresentanza*

Nonostante i numerosi mutamenti nella disciplina elettorale, tutte le chiamate al voto succedutesi a partire dagli anni Novanta sono state orientate al perseguimento della stabilità politica, senza che alla ricerca di questa corrispondesse un rafforzamento del sistema dei partiti e, in particolare, di quella carica sociale e rappresentativa che questi dovrebbero avere nella formazione della politica nazionale, grazie alle ideologie di cui dovrebbero essere portatori [29].

L'assoluta carenza rappresentativa dei partiti sul piano politico, testimoniata dallo svuotamento della loro carica ideologica, è stata suffragata dalle pronunce della Consulta avutesi a cavallo tra il 2014 e il 2017, che hanno condotto, tra l'altro, all'approvazione dell'attuale legge elettorale con cui si è andato al voto nel 2018 e, da ultimo, nel 2022.

Le censure mosse dalla Corte si sono rivelate particolarmente incisive, soprattutto alla luce del delicatissimo equilibrio che intercorre tra eguaglianza del voto, *ex* art. 48 Cost., rappresentatività dell'assemblea parlamentare, *ex* art. 67 Cost., e necessità di formazione di maggioranze parlamentari stabili. In particolare, in ragione del premio di maggioranza previsto dalla l. n. 52 del 2015 – che attribuiva il 55% dei seggi alla lista che avesse ottenuto almeno il 40% dei voti al primo turno, oppure, a quella che avesse raccolto più voti al ballottaggio – la Corte, richiamando i principi già tracciati nella pronuncia n. 1 del 2014, affermava che "*in una forma di governo parlamentare, ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il va-*

[29] S. MANGIAMELI, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2018, pp. 2 ss.

© Wolters Kluwer Italia

lore costituzionale della rappresentatività" [30], distinguendo così premio di maggioranza e premio di *governabilità* [31], al fine di fermare una deriva che mette evidentemente in discussione la tenuta democratica del sistema istituzionale, sotto il suo profilo rappresentativo. Quanto sopra testimonia gli approdi evolutivi della forma di governo parlamentare: la storica tensione tra Parlamento e Governo – legati, *ex* art. 94 Cost., da un rapporto fiduciario – era caratterizzata da una definita ripartizione degli ambiti di competenza e, al contempo, da reciproche interdipendenze [32], ma oggi perde di valore. Il dualismo ottocentesco lascia spazio all'alterità tra maggioranza (che sostiene il Governo) e opposizione (che invece siede in Parlamento e assicura il controllo ed, eventualmente, il ricambio politico [33]). In questa evoluzione, stante l'indebolimento del dualismo istituzionale, la distribuzione dei compiti tra i due organi ne dimostra, al di là del rapporto di fiducia, non tanto la pari-ordinazione costituzionale, quanto la crescente autorità dell'Esecutivo nella direzione politica dello Stato, a danno dell'assemblea rappresentativa.

4. Profili di crisi nella Repubblica Federale Tedesca

In Germania, a partire dalla nascita della Repubblica federale nel 1949, il panorama politico si è consolidato in tre forze principali, ossia l'Unione cristiano-democratica e cristiano-sociale (CDU/CSU), il Partito socialdemocratico (SPD) e il Partito liberale (FDP) [34]. In questo senso, la *Sperrklausel* al 5% ha indubbiamente contribuito alla stabilità del sistema, ma non ha impedito che lo stesso panorama politico evolvesse: dalla crisi dei *Volksparteien* sono emerse nuove forze, dapprima con l'entrata, negli anni Ottanta dei Verdi (*die Grünen*), seguiti poi dalla Sinistra (*die Linke*), fino ad arrivare, negli ultimi anni, all'ascesa di *Alternative für Deutschland* (AfD) [35].

Nel 2021 l'Ufficio federale per la protezione della Costituzione ha qualificato quest'ultima forza come caso sospetto e, nel maggio 2025,

---

[30] C. cost. 15 febbraio 2017, n. 35, Cons. in Dir., punto 9.2.

[31] *Id.*, Cons. in Dir., punto 6.

[32] S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998, pp. 144 ss.

[33] *Id.*, p. 148.

[34] A. De Petris, *Il sistema partitico tedesco*, in *C.E.P.*, 2/2025, p. 3.

[35] Sui risultati delle ultime elezioni federali: Bundeswahlleiterin, *Bundestagswahl 2025: Endgültiges Ergebnis*, in *www.bundeswahlleiterin.de*, 14 März 2025.

© Wolters Kluwer Italia

la ha dichiarata ufficialmente come partito di estrema destra [36], in ragione dei "*sentimenti estremisti [...] esistenti*" e delle "*dichiarazioni anticostituzionali all'interno del partito*" [37].

Il *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV), peraltro, pur avendo già formulato una classificazione del partito, ha continuato a rifiutarsi di pubblicare il corposo rapporto sulle indagini, che ammonterebbe a un totale di 1108 pagine, limitandosi semplicemente a sorvegliare quei gruppi che possano costituire una minaccia all'ordine democratico. Al fine di adottare la più incisiva misura di messa al bando di una formazione politica, invece, occorrerebbe l'intervento del Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*), come peraltro già avvenuto in passato nei confronti del *Sozialistische Reichspartei* e del *Kommunistische Partei Deutschlands*, nel 1952 e poi nel 1956.

Eppure, nessuno tra i soggetti legittimati – *Bundesrat*, *Bundestag*, *Bundesregierung* – ha per ora concretamente valutato di proporre, ai sensi dell'art. 43 BverfGG, un'istanza deputata alla dichiarazione di incostituzionalità dell'AfD. Né si può dire che una simile proposta potrebbe essere avanzata a cuor leggero, senza preoccupazioni per la situazione corrente: l'AfD raccoglie già oggi il consenso di ben un terzo dell'elettorato tedesco, rappresentando, dopo le elezioni del febbraio 2025, la seconda forza politica del Paese.

Ciò mostra come nel sistema istituzionale tedesco si siano manifestati due diversi problemi: per un verso, una frammentazione politica, con un aumento del numero dei partiti presenti nel *Bundestag*, che la *Sperrklausel* non è riuscita ad arginare, a danno della stabilità di governo; e, per l'altro, l'emergere di una insufficienza di fondo della logica della democrazia protetta, atteso che non bastano le dichiarazioni sugli evidenti limiti ideologici a rendere taluni soggetti politici inidonei per la formazione delle maggioranze di governo. A tal riguardo, è da chiedersi, al fine di garantire i principi democratici, se sia sufficiente la strategia del *Brandmauer* [38], espressa dalle forze politiche preesistenti della destra moderata, per la quale queste avrebbero dichiarato di escludere qualsiasi tipo di collaborazione con i partiti estremisti.

---

[36] K.A. SCHWARZ - E.M. BREDLER, *Nur die wachsame Demokratie kann eine wehrhafte Demokratie sein*, in *www.verfassungsblog.de*, 9 Mai 2025.

[37] A. VON ARNAULD - A. FISCHER u.a., *Rechtswissenschaftliche Stellungnahme zu einem Parteiverbotsverfahren gegen die Alternative für Deutschland*, in *www.verfassungsblog.de*, 28 November 2024.

[38] Letteralmente, "*muro tagliafuoco*", sul quale si rimanda a W. SCHROEDER - D. ZIBLATT - F. BOCHERT, *Is the Brandmauer ("firewall") breaking from below?*, in *WZB*, 501/2025, pp. 3 ss.

© Wolters Kluwer Italia

5. Conclusioni

La più recente disciplina elettorale, la c.d. Legge Rosato, pur riportando il sistema a una logica proporzionale, che non esaspera la governabilità in luogo della rappresentanza, non sembra offrire spunti particolarmente rassicuranti per l'elettore, soprattutto in considerazione del voto congiunto e della sotto-soglia di sbarramento all'1%. Difatti, mentre il primo premierebbe – nella distribuzione dei seggi attribuibili per competizione proporzionale – le forze politiche nazionali, sfavorendo le rappresentanze territoriali, il secondo permetterebbe la ridistribuzione di quei voti espressi per le liste che ottengano tra l'1 e il 2,99% del consenso, a vantaggio di quelle ivi coalizzate che abbiano superato l'ordinario sbarramento del 3%. I profili di problematicità ingenerano ulteriore disaffezione da parte dell'elettore, il quale non sa con certezza dove il proprio voto finirà e vengono rafforzati, peraltro, dalla più recente aspirazione alla riforma del premierato, di cui molto si è discusso e che non fa che riportarci, ancora una volta, alla logica del governo del *Leader* – nel caso italiano, il Presidente dell'Esecutivo – e della concentrazione del potere nelle mani dei pochi [39], allontanando sempre di più il circuito decisionale dalle logiche parlamentari e rappresentative, per privilegiare il carattere plebiscitario dell'investitura elettorale.

È di palmare evidenza come la crisi della democrazia rappresentativa, quasi fosse una malattia contagiosa, si sia diffusa ormai nella pressoché totalità dell'Europa. In Germania, con la crescita dei nuovi partiti che, raccogliendo sempre più consenso elettorale, sono riusciti a rompere il muro della *Sperrklausel*, si è progressivamente assistito a una perdita di centralità di quelle forze che, per la loro capacità di rappresentanza, erano state a lungo definite come autentici *Volksparteien*, ridotti ora a raccogliere il consenso di una limitata parte della popolazione, mentre le nuove forze politiche si mostrano sempre più orientate a sostenere forme di populismo di destra. Il tutto con evidenti risvolti sulla figura del Cancelliere, che perde quella funzione di *Staatsleitung,* attribuitagli *ex* art. 65 del *Grundgesetz*, essendo chiamato, nei governi di coalizione, a garantire il compromesso e il bilanciamento dei diversi interessi, piuttosto che l'indirizzo politico.

Italia e Germania, seppure in modi diversi, attraversano una comune crisi delle categorie democratiche. Ne emerge un necessario ripen-

[39] Sul punto si può leggere l'intervista resa l'8 giugno 2025 dal Prof. S. Mangiameli, *PREMIERATO/"È una riforma non democratica, meglio tornare al presidenzialismo"*, disponibile su: *www.ilsussisdiario.net*.

© Wolters Kluwer Italia

samento e adeguamento delle garanzie e degli strumenti posti a presidio dell'ordine democratico costituzionale dato, affinché ne sia preservata la sostanza.

© Wolters Kluwer Italia

DAL *SOFT LAW* ALLA NORMAZIONE VINCOLANTE: IL NUOVO REGOLAMENTO (UE) 2024/1350 SU REINSEDIAMENTO E AMMISSIONI UMANITARIE *

EMILIO ADAMO

SOMMARIO: 1. Premessa. I principali canali legali di accesso protetto nel contesto internazionale ed europeo. – 2. Il regolamento (UE) 2024/1350. – 2.1. Profili applicativi e criticità. – 3. Considerazioni conclusive.

Abstract: Regulation (EU) 2024/1350, recently adopted as part of the new Pact on Migration and Asylum establishes, according to Article 1, "*a Union Resettlement and Humanitarian Admission Framework*". Resettlement may be defined as the admission to the territory of a Member State, following a referral from UNHCR, of a Third-Country national or a stateless person, who is eligible and not refused under the Regulation, from a Third Country to which that person has been displaced, and who is granted international protection in accordance with European Union law and national law and has access to a durable solution. Humanitarian admissions are defined as the admission to the territory of a Member State, following, where requested by a Member State, a referral from the EUAA, from the UNHCR, or from another relevant international body, of a Third-Country national or a stateless person from a Third Country to which that person has been forcibly displaced and, at least on the basis of an initial evaluation, who meet the eligibility and refusal grounds in the Regulation, and is granted either international protection or humanitarian status under national law, which provides for rights and obligations equivalent to those set out in the Qualification Regulation for subsidiary protection beneficiaries. The regulation is the first EU legally binding act providing for a harmonized framework of legal pathways, thereby overcoming a hi-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

storical phase characterized by Commission recommendations, voluntary-based national initiatives and practices coordinated with UNHCR. The paper aims to examine this normative transition, assessing the impact of the new regulation on the legal architecture of legal pathways. The analysis begins with a historical premise, retracing its origins and evolution. It will then turn to an overview of Regulation (EU) 2024/1350, shedding light on the tension between the declared willingness to enhance legal pathways and the persistence of a broad State discretion, which may significantly constrain its effectiveness. Finally, the paper seeks to assess the actual implications of the new Regulation. Whether it represents a crucial step towards a well-structured European model, or whether it should, instead, be considered as an incomplete reform, still shaped by intergovernmental logic.

1. Premessa. I principali canali legali di accesso protetto nel contesto internazionale ed europeo

In base al proprio statuto, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (d'ora innanzi UNHCR) fornisce protezione internazionale ed individua "*permanent solutions for the problem of refugees*" [1]. Le *durable solutions*, tradizionalmente individuate, consistono nell'integrazione nello Stato di accoglienza, nel rimpatrio volontario nello Stato di origine in condizioni di sicurezza nonché nel reinsediamento. Quest'ultimo prevede che i rifugiati siano selezionati e trasferiti dallo Stato di primo asilo ad uno Stato terzo che ha accettato di ammetterli come rifugiati con uno *status* di residenza permanente [2]. Le prime due soluzioni presuppongono una negoziazione con i singoli Stati interessati, il che le rende più difficoltose da realizzare. Mentre il reinsediamento, che costituisce l'*extrema ratio*, è rimesso alla libera volontà degli Stati di accoglienza [3]. Nonostante il reinsediamento abbia sempre rivestito un ruolo di primo piano, col tempo, a livello internazionale,

[1] Statute of the Office of the UNHCR, General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950; G.S. GOODWIN-GILL - J. MCADAM, *The Refugee in International Law,* III ed., Oxford, 2007, pp. 489 ss.

[2] UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Resettlement Handbook*, July 2011, p. 28.

[3] S. LABMAN, *At Law's Border: Unsettling Refugee Resettlement*, PhD Thesis, De-

© Wolters Kluwer Italia

si sono sviluppati ulteriori canali legali di accesso protetto per i richiedenti asilo. In particolare, si fa riferimento ai programmi di ammissione umanitaria, ai programmi di *private sponsorship*, alle evacuazioni, ai visti umanitari, alla protezione temporanea, nonché alle iniziative dirette a specifiche categorie di destinatari (familiari, lavoratori e studenti) [4]. Questi ulteriori canali vengono definiti come *complementary pathways*, in quanto complementari alla modalità di ingresso principale che è appunto il reinsediamento [5].

Sia il reinsediamento, sia le *complementary pathways* non vengono contemplati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 né dagli altri strumenti di diritto internazionale in materia. Gli unici riferimenti si rinvengono in strumenti di *soft law*. Al riguardo, si possono richiamare la Dichiarazione di New York su migranti e rifugiati del 2016 ed il *Global Compact on Refugees* del 2018 che hanno consentito di promuovere l'espansione di tali strumenti [6]. Su queste basi venne adottata la *UNHCR Three-Year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways* che si pose come obiettivi sia l'ulteriore sviluppo del reinsediamento, sia la promozione dei canali legali di accesso ad esso complementari [7].

In ambito europeo, soltanto intorno alla fine degli anni '90 del secolo scorso in conseguenza della crisi dei Balcani, i canali legali di accesso suscitarono l'attenzione del dibattito politico [8]. Nel 2000, la

---

partment of Law, The University of British Columbia, Vancouver, 2012, disponibile su: *https://open.library.ubc.ca*, pp. 30 ss.

[4] A. DEL GUERCIO, *Canali di accesso protetto al territorio dell'Unione europea: un bilancio alla luce del nuovo Patto su immigrazione e asilo*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2021, pp. 129 ss.; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Protection In Europe: Safe And Legal Access Channels Ecre's Vision Of Europe's Role In The Global Refugee Protection Regime*, in *Pol. pap.*, European Council on Refugees and Exiles, Brussels, 2017, pp. 17 ss.; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, FRA Focus, Vienna, 2015.

[5] UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *The Three-Year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways*, Geneva, June 2019, p. 7; ID., *Complementary Pathways for Admission of Refugees to Third Countries: Key Considerations*, Geneva, April 2019, p. 5.

[6] UN GENERAL ASSEMBLY, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, 19 September 2016, A/71/L.1, punti 77-78; ID., *Global Compact on Refugees*, 17 December 2018, A/RES/73/151, pp. 33 ss.; ID., *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 19 December 2018, A/RES/73/195, punto 5.

[7] UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *The Three-Year Strategy*, cit.

[8] G. NOLL - J. FAGERLUND - F. LIEBAUT, *Study for the European Commission: On the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common asylum procedure*,

© Wolters Kluwer Italia

Commissione europea individuò, nell'espletamento delle richieste di protezione negli Stati terzi d'origine e nel reinsediamento, due modalità per offrire un accesso rapido alla protezione evitando i rischi connessi all'immigrazione illegale [9]. Dopo l'adozione del Piano strategico sull'asilo del 2008, l'anno seguente venne varato il primo programma di reinsediamento su base volontaria [10]. Nel 2014 con l'istituzione del Fondo asilo, immigrazione e integrazione (FAMI) vennero definiti in maniera più dettagliata gli aspetti finanziari [11]. Con l'Agenda europea sulla migrazione del 2015, la Commissione si impegnò a proporre un programma di reinsediamento comune per 20.000 beneficiari, mentre, per quanto riguardava gli "*altri canali leciti*", veniva rivolto un invito agli Stati membri per una loro attivazione [12]. Tale impegno venne attuato attraverso la realizzazione di alcuni programmi *ad hoc* di reinsediamento ed ammissione umanitaria [13]. Dopo questa fase pilota si avvertì l'esigenza di prevedere un quadro comune in materia che garantisse un approccio condiviso per l'ingresso legale e sicuro nell'UE per le persone bisognose di protezione [14]. A tal fine, nell'ambito del pac-

---

Brussels, 2002; Consiglio Europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza.

[9] Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *Verso una procedura comune in materia di asilo e uno* status *uniforme e valido in tutta l'Unione per le persone alle quali è stato riconosciuto il diritto d'asilo*, COM(2000)755 def., Bruxelles, 22 novembre 2000.

[10] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano strategico sull'asilo. Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea*, COM(2008)360 def., Bruxelles, 17 giugno 2008; comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Istituzione di un programma comune di reinsediamento UE*, COM(2009)447 def., Bruxelles, 2 settembre 2009.

[11] Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio.

[12] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, COM(2015)240 def., Bruxelles, 13 maggio 2015, pp 5 ss.

[13] Raccomandazione (UE) 2015/914 della Commissione, dell'8 giugno 2015, relativa a un programma di reinsediamento europeo; Council of the European Union, Note from the General Secretariat of the Council to Delegations, *Conclusions of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on resettling through multilateral and national schemes 20.000 persons in clear need of international protection*, Bruxelles, 22 July 2015.

[14] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, COM(2016)197 def., Bruxelles, 6 aprile 2016.

© Wolters Kluwer Italia

chetto di misure finalizzate alla riforma del sistema comune di asilo, venne elaborata una proposta di regolamento [15].

2. Il regolamento (UE) 2024/1350

L'*iter* di adozione del regolamento (UE) 2024/1350 fu alquanto travagliato [16]. A fronte dell'originaria proposta del 2016, soltanto nel 2024 si giunse ad una formale adozione. Ciò è dipeso in larga parte dalla difficoltà di bilanciare opposte esigenze. Da un lato, l'approccio securitario nella gestione delle migrazioni e, dall'altro, la tutela dei diritti umani [17].

Il regolamento, già in vigore da giugno 2024, istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria volto ad ammettere cittadini di Stati terzi o apolidi nel territorio degli Stati membri. L'ammissione è finalizzata ad accordare la protezione internazionale oppure la protezione umanitaria, a norma del diritto nazionale [18].

In base all'art. 8, il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta un piano biennale di reinsediamento e di ammissione umanitaria dell'Unione. Il piano relativo al biennio 2026-2027 è attualmente in fase di discussione e se ne prevede l'adozione entro il 2025.

Vengono previsti tre canali legali di ingresso al territorio degli Stati membri: il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e l'ammissione

---

[15] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016)468 def., Bruxelles, 13 luglio 2016.

[16] Regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147; F.L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *DIC*, 2/2018, pp. 18 ss.; S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, pp. 57 ss.

[17] A. DEL GUERCIO, *Accesso protetto al territorio dell'Unione europea: luci e ombre del nuovo quadro in materia di reinsediamento e ammissione umanitaria*, in *DIC*, 2/2025, pp. 7 ss.; J. PRANTL, *Shaping the Future Towards a Solidary Refugee Resettlement in the European Union*, in S. HUMMELBRUNNER - L. KIRCHMAIR - B. PIRKER - A.C. PRICKARTZ - I. STAUDINGER (eds.), *Shaping the Future of Europe-Second part*, *European Papers*, 2/2021, pp. 1040 ss.

[18] Art. 1 e 16, salvo quanto previsto dall'art. 9, par. 24; A. DI PASCALE, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Eurojus*, 27 maggio 2024.

© Wolters Kluwer Italia

di emergenza. Il primo dovrebbe rappresentare il percorso di ingresso principale "*da integrare con l'ammissione umanitaria e l'ammissione di emergenza, a seconda dei casi, in funzione delle circostanze specifiche*" [19]. Ciò riflette il carattere complementare degli altri due percorsi rispetto al reinsediamento.

A livello definitorio, l'art. 2 chiarisce che il reinsediamento consiste nell'ammettere nel territorio di uno Stato membro, a seguito di segnalazione dell'UNHCR, un cittadino di uno Stato terzo o un apolide, o anche una persona alla quale sia stata già riconosciuta la protezione internazionale, proveniente da uno Stato terzo verso il quale è stato sfollato. La norma impone che il potenziale beneficiario soddisfi le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria ai sensi del nuovo regolamento qualifiche [20]. In aggiunta, come criterio ulteriore, in base all'art. 5, par. 3, il potenziale beneficiario deve trovarsi in condizioni di vulnerabilità. A tal fine la norma individua un elenco non esaustivo di categorie di soggetti vulnerabili.

Rispetto alla proposta originaria il regolamento ha aggiunto il riferimento all'ammissione umanitaria [21]. Quest'ultima, in base all'art. 2, par. 3, consiste nell'ammissione nel territorio di uno Stato membro conseguente – qualora ci si avvalga di tale possibilità – ad una segnalazione dell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA), dell'UNHCR o di altri organismi internazionali competenti, di un cittadino di uno Stato terzo o di un apolide o di una persona alla quale sia stata già riconosciuta la protezione internazionale proveniente da uno Stato terzo verso il quale sia stato sfollato con la forza. Inoltre, sono previsti dei requisiti aggiuntivi. Innanzitutto, il potenziale beneficiario deve essere eleggibile per la protezione internazionale o tale protezione gli deve già essere stata riconosciuta. In secondo luogo, sono previsti due ulteriori requisiti che possono ricorrere alternativamente o cumulativamente tra loro. Il primo, come per il reinsediamento, è dato dall'appartenenza ad una delle categorie di persone vulnerabili di cui si è detto. Il secondo è lo *status* di familiare di cittadini di Stati terzi o apo-

[19] Considerando n. 26.

[20] Regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[21] V. nota n. 15.

© Wolters Kluwer Italia

lidi legalmente residenti in uno Stato membro o di cittadini dell'Unione.

L'ultimo canale legale di accesso, preso in esame dal regolamento, è l'ammissione di emergenza. Anche in questo caso si tratta di una novità rispetto alla proposta originaria [22]. Essa consiste nella "*ammissione attraverso reinsediamento o ammissione umanitaria di persone con necessità urgenti di protezione legale o fisica o con esigenze mediche immediate*". In base all'art. 8, par. 5, essa trova applicazione a prescindere dalle regioni o dagli Stati terzi da cui deve avvenire il reinsediamento o l'ammissione umanitaria.

L'art. 6 individua una serie di ipotesi in cui l'ammissione non può avvenire. Un primo gruppo riguarda i casi in cui gli Stati membri sono tenuti a rifiutare l'ammissione. Si tratta di ipotesi connesse alla commissione di gravi crimini e ad esigenze di sicurezza. Mentre un secondo gruppo riguarda i casi in cui il rifiuto è facoltativo. Tutti i motivi di rifiuto previsti dall'art. 6 devono trovare applicazione senza alcuna discriminazione.

A livello procedurale, il regolamento ha avuto il merito di armonizzare le varie prassi nazionali che differivano tra loro. Preliminarmente vi è la segnalazione che, nel caso del reinsediamento, compete all'UNHCR. Nel caso delle ammissioni umanitarie, invece, è nella facoltà degli Stati membri richiederla all'EUAA, all'UNHCR o ad altro organismo internazionale competente o, in alternativa, agire in autonomia [23]. Dopodiché gli Stati valutano i potenziali beneficiari sulla base dei parametri fissati nel piano dell'Unione nonché sulla base delle condizioni di ammissibilità ed esclusione previste dagli art. 5 e 6. La valutazione può basarsi solo su *dossier*, ad esempio forniti dall'UNHCR, o sulla base di un'intervista individuale oppure sulla scorta di entrambi [24].

Ove possibile, i percorsi in esame prevedono programmi di orientamento pre-partenza. In particolare, si prevede che tali programmi possano includere "*informazioni sui loro diritti e obblighi, lezioni di lingua e informazioni sulla situazione sociale, culturale e politica dello Stato membro*" [25].

La decisione in merito all'ammissione o meno deve essere adottata non appena possibile e non oltre sette mesi dalla data di registrazio-

---

[22] *Ibid*.
[23] Art. 9, par. 1.
[24] *Id.*, parr. 2, 3 e 6.
[25] *Id.*, par. 22.

© Wolters Kluwer Italia

ne. In caso di complessità della situazione il termine può essere esteso di ulteriori tre mesi [26]. Per l'ammissione di emergenza il termine si riduce ad un mese dalla data della registrazione [27].

L'ingresso nel territorio dello Stato deve avvenire il prima possibile ed entro un anno dalla data della conclusione in merito all'ammissione. Nel caso dell'ammissione di emergenza, viene sottolineato come il trasferimento debba essere rapido [28].

Durante tutto l'*iter* procedurale gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che non vi siano discriminazioni legate al "*sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età o orientamento sessuale*" [29].

2.1. *Profili applicativi e criticità*

Il regolamento (UE) 2024/1350 ha consentito di racchiudere all'interno di un atto giuridico vincolante una disciplina che, in assenza di un quadro regolatorio ben definito a livello europeo, si era sviluppata sulla base della prassi statale e di strumenti di *soft law*. Ciò nonostante, il nuovo assetto normativo presenta diverse contraddizioni e criticità.

Innanzitutto, vengono disciplinati soltanto alcuni canali legali d'ingresso. Restano fuori dal relativo ambito di applicazione i visti umanitari, quelli per studio e lavoro nonché i corridoi umanitari.

Ancora una volta il modello utilizzato è quello volontaristico, basato sugli impegni dei singoli Stati membri. Ciò inevitabilmente non aiuta gli Stati di frontiera più esposti alle pressioni migratorie, svilendo la logica solidaristica del *burden sharing* che dovrebbe ispirare le politiche relative all'asilo e all'immigrazione [30].

Il piano dell'Unione definisce le aree geografiche e le quote di beneficiari che ciascuno Stato membro si impegna ad ammettere. Esso contribuisce a rafforzare i partenariati dell'Unione con gli Stati terzi di partenza dei beneficiari [31]. Tuttavia, nella definizione di tali parametri non è previsto un coinvolgimento degli Stati terzi di primo asilo che

[26] *Id.*, par. 9.
[27] *Id.*, par. 10.
[28] *Id.*, par. 20.
[29] *Id.*, par. 25.
[30] Art. 80 TFUE.
[31] Art. 3.

© Wolters Kluwer Italia

si trovano a fronteggiare la gestione degli sfollati. Il rischio è che il ruolo di tali Stati venga relegato a quello di zone cuscinetto esterne all'Unione, espressione della politica di esternalizzazione del controllo dei flussi migratori portata avanti dal nuovo Patto [32]. Un limbo in cui migranti e richiedenti protezione internazionale attendono di conoscere la decisione relativa alla propria ammissione [33].

Non viene riconosciuto un diritto all'ammissione per i potenziali beneficiari né un obbligo degli Stati in tal senso [34]. Allo stesso modo non viene riconosciuto un diritto a presentare una domanda di reinsediamento o ammissione umanitaria in via autonoma, ossia al di fuori degli schemi previsti. Quindi il ruolo dell'UNHCR, quantomeno per il reinsediamento, resta fondamentale nella segnalazione. Le linee guida, i criteri e le prassi sviluppate dall'organizzazione, sebbene gli Stati vi facciano costante riferimento, non sono incorporate nel testo legislativo. Pertanto, gli Stati mantengono un'ampia discrezionalità sull'accettazione o meno delle segnalazioni presentate dall'UNHCR nonché sul processo di valutazione attraverso l'utilizzo di criteri propri. Il regolamento si limita a precisare, infatti, soltanto su quali elementi probatori deve essere effettuata la valutazione senza stabilire come la stessa debba avvenire [35]. Nel silenzio della norma inevitabilmente troveranno applicazione criteri nazionali. Parimenti non si rinviene alcun riferimento all'autorità nazionale deputata alla valutazione dei profili dei beneficiari. Gli Stati sono quindi liberi di prevederne discrezionalmente caratteristiche, composizione, modalità di decisione. Inevitabilmente il rischio è quello della mancanza di armonizzazione e uniformità dei processi valutativi e decisionali.

L'art. 9, par. 5, sancisce l'obbligo, per gli Stati membri, di non operare discriminazioni in tutte le fasi procedurali. In aggiunta, il con-

---

[32] Con riferimento al reinsediamento questa impostazione già emergeva dalla Nota della Presidenza del Consiglio al Comitato dei rappresentanti permanenti, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (prima lettura) - Dibattito orientativo; T. DE BOER - M. ZIECK, *The Legal Abyss of Discretion in Resettlement of Refugees: Cherry-Picking and the Lack of Due Process in the EU*, in *Intern. Journ. Ref. Law*, 32/2020, pp. 1 ss.

[33] A. PITRONE, *Le vie legali di ingresso nell'Unione europea: principali novità e prospettive*, in *Quad. AISDUE*, 4/2024, pp. 1 ss.; M. BORRACCETTI, *Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea*, in *I Post di AISDUE, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, 7/2020, pp. 97 ss.

[34] V. anche il considerando n. 25.

[35] Art. 9, par. 6.

© Wolters Kluwer Italia

siderando n. 46 richiama il principio di non discriminazione. Tuttavia, alcune previsioni rischiano di vanificare il rispetto di tale principio. Si pensi ai requisiti di ammissione legati alla condizione di vulnerabilità o ai legami familiari. Come osservato, tali requisiti caratterizzano fortemente i canali di ingresso in esame in senso protettivo, restringendo la platea dei potenziali beneficiari. È il caso di individui singoli di sesso maschile in buone condizioni di salute che siano comunque eleggibili per la protezione internazionale [36]. A ciò si aggiunge che i legami familiari e sociali nonché particolari esigenze di protezione o vulnerabilità possono costituire criterio preferenziale di ammissione [37].

Stesse considerazioni valgono per l'ipotesi di rifiuto, altamente discrezionale, che consente allo Stato membro di destinazione, di non ammettere un individuo qualora ritenga di non essere in grado di fornirgli un sostegno adeguato in relazione alla specifica vulnerabilità [38]. Ne discende una selezione basata sul potenziale di integrazione. Un criterio che rischia di essere indeterminato ed influenzabile da considerazioni basate sulla lingua, il genere, la disabilità, la fede religiosa o l'orientamento sessuale [39].

Ulteriori perplessità derivano anche da altre previsioni. Si fa riferimento al rifiuto di non partecipare al programma di orientamento prepartenza [40]. Tale rifiuto viene di fatto equiparato alla mancata espressione o alla revoca del consenso in merito all'ammissione. A ben vedere, la logica sottesa a tale previsione – analoga a quella relativa all'art. 7, par. 2, che considera il consenso implicitamente revocato in caso di omessa comunicazione dei dati o delle informazioni o di mancata partecipazione al colloquio personale – è quella propria dei procedimenti amministrativi finalizzati all'attribuzione di contributi o sovvenzioni o una logica di tipo contrattualistico. Ma questa concezione rischia di svilire la finalità solidaristica e di gratuità che dovrebbe caratterizzare tali strumenti a carattere protettivo. Tra l'altro, la "sanzione" della non ammissione, sebbene facoltativa, sembra essere sproporzionata raffrontata alle altre ipotesi di esclusione obbligatoria che riguar-

---

[36] N. WELFENS, *"Promising victimhood": contrasting deservingness requirements in refugee resettlement*, in *Journ. Ethn. Migr. St.*, n. 5/2023, pp. 1103 ss.

[37] Art. 9, par. 2.

[38] Art. 6, par. 2, lett. d).

[39] C. LECLERCQ, *The Refugee Resettlement Selection Process: The New European Framework As a Gamechanger in Giving Voice to Refugees*, in D. DUEZ - C. RIZCALLAH (eds.), *Standing Up for the Voiceless?*, Brussels, 2025, nn. 27 ss., disponibile su: *https://books.openedition.org.*

[40] Art. 6, par. 2, lett. c).

© Wolters Kluwer Italia

dano la commissione di gravi crimini o esigenze connesse alla sicurezza. Analoghe considerazioni riguardano la mancata manifestazione o la revoca del consenso all'ammissione in un determinato Stato membro, nel triennio precedente [41]. Si immagini un individuo che abbia rifiutato l'ammissione in uno Stato diverso da quello in cui sono stati ammessi i relativi familiari. Anche qui la non ammissione, seppur facoltativa, potrebbe rappresentare una soluzione sproporzionata e vessatoria.

Nel caso di esito negativo la motivazione deve essere comunicata all'UNHCR, a meno che non vi siano motivi imperativi di interesse pubblico contrari. Tuttavia, nel caso in cui l'esito finale sia negativo, non viene previsto alcun diritto di impugnativa per l'interessato né tantomeno viene riconosciuto un diritto ad essere informati in merito a tale esito ed alla relativa motivazione. A ciò si aggiunge la mancata previsione di un diritto di accesso ai documenti concernenti la procedura. Tutti questi aspetti rischiano di creare frizioni con i diritti fondamentali ad una buona amministrazione nonché ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale riconosciuti dagli art. 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora innanzi Carta) [42].

In base al considerando n. 46 il regolamento rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta e la relativa attuazione dovrebbe avvenire in maniera coerente con tali diritti e principi, in particolare per quanto riguarda i diritti del minore, il diritto al rispetto della vita familiare e il principio generale di non discriminazione. A ciò si aggiunge che la riforma del 2024 impone di considerare i provvedimenti statali alla luce dell'art. 51, par. 1, della Carta. Quindi come atti posti in essere dagli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione con conseguente assoggettamento degli stessi al sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea, nell'ipotesi di un rinvio pregiudiziale o qualora venga presentato un ricorso per inadempimento [43]. Ciò nonostante, l'assenza di un vero e proprio provvedimento amministrativo (o para-giudiziale) impugnabile nonché la mancata previsione, in un testo normativo nazionale, dei criteri di selezione, rischia di vanificare tale tutela [44].

---

[41] Art. 6, par. 2, lett. a).

[42] C. LECLERCQ, *The new EU Resettlement Framework: A flexible harmonization undermining fundamental rights*, in L. TSOURDI - D. THYM - I. GOLDNER LANG - C. WARIN (eds.), *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, 2024, disponibile su: *https://eumigrationlawblog.eu.*

[43] F. SPITALERI, *La grande riforma del diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: un'analisi d'insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *Eurojus*, 1/2025, pp. 274 ss.

© Wolters Kluwer Italia

In base all'art. 9, par. 6, la valutazione avviene "*sulla base di prove documentali, [...], sulla base di un colloquio personale, o di una combinazione dei due elementi*". La formulazione sembra equivoca. Ed infatti vi è chi ne fa discendere un obbligo di colloquio personale in capo all'autorità statale [45]. Tuttavia, il dato letterale sembrerebbe considerare due modalità alternative eventualmente affiancabili. Diversamente, non si comprenderebbe il riferimento, nell'ultima parte del periodo, ad una combinazione tra le due modalità [46].

Infine, alcune considerazioni possono essere svolte in merito al programma di orientamento pre-partenza, la cui previsione è facoltativa per gli Stati membri [47]. A livello contenutistico, il regolamento si limita a prevedere degli orientamenti programmatici. In particolare, si stabilisce che il programma "*potrebbe includere informazioni su loro diritti e obblighi, lezioni di lingua e informazioni sulla situazione sociale, culturale e politica dello Stato membro*". Non vengono dettate previsioni vincolanti né in merito ai contenuti né tantomeno in merito alla struttura ed alla durata dello stesso. E ciò rappresenta una mancata occasione per un'armonizzazione, quantomeno minima di questa componente, stante le differenze tra gli Stati membri nella strutturazione ed implementazione di tali programmi [48].

3. Considerazioni conclusive

La riforma europea del 2024 in materia di asilo e immigrazione ha fatto un ampio ricorso allo strumento del regolamento. Ciò del resto si pone in linea con le tendenze più recenti del sistema giuridico dell'Unione che, rispetto al passato, ha visto un ricorso crescente a tale tipologia di atto legislativo [49].

La scelta di dedicare un apposito regolamento alla disciplina europea dei canali legali di accesso al territorio degli Stati membri va a colmare un vuoto normativo in un settore che era dominato dal ricorso a strumenti di *soft law*. Siffatta tendenza è stata da alcuni definita come

---

[44] C. LECLERCQ, *The Refugee Resettlement Selection Process,* cit., nn. 38 ss.

[45] A. DEL GUERCIO, *Accesso protetto*, cit., p. 25.

[46] Nello stesso senso: C. LECLERCQ, *The Refugee Resettlement Selection Process*, cit., nn. 10 ss.

[47] Art. 9, par. 22.

[48] S. FRANTZKE - L. KAINZ, *Preparing for the Unknown: Designing effective predeparture orientation for resettling refugees*, Brussels, 2019, pp. 1 ss.

[49] F. SPITALERI, *Op. cit.*, pp. 270 ss.

© Wolters Kluwer Italia

"informalizzazione" della dimensione esterna della politica migratoria e dell'asilo dell'UE [50]. Espressione di una fuga dal diritto finalizzata ad evitare assunzioni di responsabilità e l'assoggettamento al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia [51]. In questo senso il pacchetto di riforma, ed il regolamento sui canali legali in particolare, rappresentano un nuovo corso nelle scelte di politica legislativa. Tuttavia, al di là della veste formale, il regolamento lascia ampi spazi discrezionali agli Stati membri. Ciò rischia di svilire le caratteristiche proprie dello strumento regolamentare e non consente di realizzare una vera e propria armonizzazione normativa.

Il modello volontaristico lascia carta bianca agli Stati non solo in merito all'entità degli impegni ma anche alla loro partecipazione a tali iniziative. Nell'ambito del *2024-2025 EU Resettlement and Humanitarian admission scheme*, solo quattordici Stati membri hanno dato la propria disponibilità ad un loro impegno in tal senso [52].

Ulteriori criticità derivano dalla mancata previsione di criteri armonizzati concernenti il processo di selezione. La conseguenza è il continuo ricorso a criteri nazionali ulteriori non legati ad esigenze di protezione ma ispirati a logiche di *cherry picking* [53]. Ne discende la natura ibrida dei canali legali di ingresso. Da un lato, strumento di protezione per specifiche categorie di individui ammessi al territorio anche in virtù del loro potenziale di integrazione. Dall'altro, forma di migrazione controllata che tende ad escludere non solo i soggetti più rischiosi in termini di sicurezza, ma anche quelli statisticamente più inclini a movimenti secondari nonché coloro che abbiano gravi vulnerabilità e scarso potenziale integrativo [54]. In questo senso, il regolamento ha tradotto a livello normativo la prassi già adottata, a livello di iniziative nazionali. Dove si tende a privilegiare profili di beneficiari più fa-

---

[50] G. CRISTIANO, *Canali legali di accesso all'Unione europea nell'area del Mediterraneo: questioni aperte e sviluppi recenti*, in *Quad. AISDUE*, 3/2024; V. MORENO-LAX, *The informalisation of the external dimension of EU asylum policy: the hard implications of soft law*, in E.L. TSOURDI - P. DE BRUYCKER (eds.), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Cheltenham, 2022, pp. 282 ss.

[51] E.L. TSOURDI - C. COSTELLO, *The Evolution of EU Law on Refugees and Asylum*, in P. CRAIG - G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, pp. 55 ss.

[52] Disponibile su: *https://home-affairs.ec.europa.eu.*

[53] T. DE BOER - M. ZIECK, *Op. cit.*, pp. 1 ss.

[54] M. SAVINO, *Refashioning Resettlement: From Border Externalization to Legal Pathways for Asylum*, in S. CARRERA - L. DEN HERTOG - M. PANIZZON - D. KOSTAKOUPOULOU (eds.), *The EU External Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2018, pp. 92 ss.

© Wolters Kluwer Italia

cilmente integrabili e meno rischiosi in termini di sicurezza, movimenti secondari o comunque di difficile gestione in fase di accoglienza [55].

Nonostante i richiami ai diritti fondamentali e alla Carta di Nizza, permangono forti perplessità in merito alla sussistenza di effettive garanzie. Manca infatti una decisione impugnabile nonché testi normativi nazionali che stabiliscano i criteri di selezione.

Resta la sensazione di una riforma incompiuta. Un piccolo balzo in avanti in un settore, come quello della migrazione e dell'asilo, che pare avanzare rapidamente solo sugli aspetti legati alla sicurezza ed al controllo dei flussi migratori. Il regolamento non sembra infatti assumere i connotati di una infrastruttura normativa solida ed effettivamente vincolante, quanto piuttosto quelli di un "*pirate code*" incapace di assicurare l'accessibilità e la trasparenza delle procedure, l'assenza di discriminazioni e l'effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'individuo [56].

[55] N. WELFENS - S. BONJOUR, *Families First? The Mobilization of Family Norms in Refugee Resettlement*, in *Intern. Pol. Soc.*, 2021, pp. 212 ss.; considerando n. 37.

[56] L'espressione è di S. PEERS, *The New EU Asylum Laws, part 3: the Resettlement Regulation*, 2 January 2024, disponibile su: *https://eulawanalysis.blogspot.com.*

© Wolters Kluwer Italia

TUTELA DEI MIGRANTI AMBIENTALI E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: UNA LACUNA NORMATIVA ALLA LUCE DEI DIRITTI UMANI *

SILVIA VENTRELLI

SOMMARIO: 1. La migrazione ambientale: un fenomeno di difficile concettualizzazione. – 2. Il diritto dell'Unione europea di fronte alla migrazione ambientale. – 2.1. Il Nuovo Patto su migrazione e asilo. – 3. Il *non-refoulement* tra evoluzione giuridica e diritti umani.

Abstract: Climate change and environmental degradation are increasingly reshaping global migration dynamics. Extreme weather events, rising sea levels, and pollution threaten the lives and livelihoods of millions, compelling many to abandon their homes. Yet, individuals displaced for environmental reasons – often referred to as "environmental migrants" – lack formal recognition under international and EU law. The EU's international protection framework, built around refugee status, subsidiary protection, and temporary protection, remains structurally ill-equipped to address environmental displacement, offering only narrow and exceptional pathways to protection. Against this backdrop, scholars and international jurisprudence have begun to explore the evolving scope of the principle of *non-refoulement* as a potential mechanism for safeguarding individuals whose fundamental rights are at risk due to severe environmental degradation. However, this approach cannot compensate for the absence of a coherent EU legal framework. This paper argues that closing this normative gap is essential for the Union to uphold its foundational values and respond effectively to emerging forms of forced mobility in the context of the climate crisis.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

1. La migrazione ambientale: un fenomeno di difficile concettualizzazione

Negli ultimi anni l'intensificarsi dei fenomeni climatici estremi ha reso sempre più evidente lo stretto legame esistente tra i mutamenti ambientali e la mobilità umana. Eventi come l'innalzamento del livello del mare, la desertificazione dei suoli, il degrado degli ecosistemi e l'aumento di tempeste, di inondazioni e di periodi prolungati di siccità non sono più mere proiezioni future, ma realtà che già da tempo compromettono concretamente la possibilità di vivere in molti territori del mondo, soprattutto in quelle aree dove le risorse sono scarse e le comunità sono maggiormente esposte anche a causa di fragilità preesistenti.

Di fronte a questi scenari si manifestano forme di mobilità complesse e spesso ambigue, che non trovano spazio nelle tradizionali categorie giuridiche dei movimenti volontari o forzati. Tuttavia, nonostante la crescente rilevanza del fenomeno, ancora oggi non esiste una definizione giuridicamente vincolante e condivisa del termine "migrante climatico", né all'interno dell'Unione europea, né a livello più largamente internazionale.

Questa lacuna normativa solleva importanti interrogativi sulla coerenza del quadro giuridico dell'Unione rispetto all'impegno per i diritti umani.

Le persone coinvolte in questo tipo di migrazione si muovono dunque per ragioni legate a fattori ambientali, alcuni dei quali rappresentati da eventi improvvisi (tempeste, inondazioni, incendi), altri da eventi che si manifestano lentamente nel tempo (desertificazione, erosione costiera, innalzamento del livello del mare), ma tutti accomunati dalle stesse conseguenze: la perdita dei mezzi di sostentamento, la messa a rischio della sopravvivenza, la necessità di cercare rifugio altrove.

Secondo i dati del *The Human Cost of Disasters 2000–2019*, pubblicato dall'Ufficio delle Nazioni Unite per la riduzione del rischio di disastri (UNDRR) in collaborazione con il Centro per la ricerca sull'epidemiologia dei disastri (CRED), nel ventennio in esame si sono registrati oltre 7.300 disastri naturali, con un impatto su circa 4,2 miliardi di persone, un numero quasi raddoppiato rispetto al periodo 1980–1999 [1]. Tale incremento è riconducibile in larga parte alla molti-

[1] UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNDRR) - CENTRE FOR RESEARCH ON THE EPIDEMIOLOGY OF DISASTERS (CRED), *The Human Cost of Disasters: An Overview of the Last 20 Years (2000–2019)*, Brussels-Geneva, 2020.

© Wolters Kluwer Italia

plicazione degli eventi climatici estremi. Anche il *Global Risks Report 2022* del *World Economic Forum* conferma che il rischio ambientale resta al centro delle preoccupazioni globali, evidenziando come fenomeni climatici lenti ma persistenti – come la siccità e il degrado ambientale – rappresentino una minaccia concreta alla stabilità degli ecosistemi naturali e delle strutture sociali e giuridiche [2].

Sul piano definitorio, il tentativo di circoscrivere giuridicamente la figura del migrante climatico si scontra con due ostacoli principali. Il primo riguarda la natura multifattoriale delle cause migratorie: raramente lo spostamento è determinato da un solo elemento, e ancor più raramente si tratta esclusivamente di cause climatiche; la povertà, l'instabilità politica, l'insicurezza alimentare e il degrado ambientale spesso si intrecciano, rendendo difficile isolare il cambiamento climatico come fattore unico e diretto [3]. Il secondo ostacolo riguarda invece la necessità di distinguere tra chi fugge in seguito a eventi ambientali improvvisi e devastanti – come un'alluvione, un uragano o un incendio – e chi, al contrario, si trova costretto a migrare lentamente, mano a mano che il proprio ambiente di vita diventa inospitale a causa di processi graduali – come la desertificazione, la salinizzazione del suolo o l'innalzamento del livello del mare [4].

Una delle definizioni più citate, anche se non giuridicamente vincolante, è quella dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), secondo cui sono migranti ambientali "*le persone o i gruppi di persone che, a causa di cambiamenti ambientali improvvisi o progressivi che influenzano negativamente la loro vita o le loro condizioni di vita, sono costrette a lasciare le loro case abituali, o scelgono di farlo, sia temporaneamente che permanentemente, spostandosi all'interno del proprio paese o oltre confine*" [5]. Questa definizione riflette bene la natura complessa e sfaccettata del fenomeno. Non a caso, il concetto di migrazione climatica è oggetto di studio da parte di diverse discipline: le scienze ambientali analizzano gli impatti del cambiamento cli-

---

[2] World Economic Forum (WEF), *The Global Risks Report 2022*, XVII ed., Geneva, 2022.

[3] S. Borràs-Pentinat - A. Cossiri, *La protezione giuridica dei migranti forzati per causa climatica all'incrocio degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3/2024, pp. 1-3.

[4] Parlamento Europeo, *Cambiamenti climatici e migrazione. Sfide giuridiche e politiche e risposte ai flussi migratori indotti dalle condizioni ambientali*, Studio per la Commissione LIBE, PE 655.591, Strasburgo, 2020.

[5] F. Laczko - C. Aghazarm (eds.), *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*, Geneva, 2009, pp. 17-22.

© Wolters Kluwer Italia

matico sui territori; le scienze sociali studiano come le comunità reagiscono o si adattano; mentre il diritto cerca di comprendere come queste nuove forme di mobilità possano essere riconosciute e tutelate.

Nel 2011, il Parlamento europeo ha proposto di utilizzare l'espressione "*environmentally induced migration*" per indicare forme di migrazione forzata, causata da cambiamenti ambientali, ed "*environmentally induced displacement*" per indicare le forme di migrazione forzata causata primariamente da *shock* ambientali [6].

In assenza di una terminologia univoca, dunque, si utilizzano espressioni diverse: "rifugiati climatici", "eco-migranti", "migranti forzati ambientali", "sfollati climatici". Ogni parola porta con sé, inevitabilmente, implicazioni giuridiche e politiche. Parlare di "rifugiato" richiama la protezione internazionale prevista dalla Convenzione di Ginevra, che tuttavia non include tra le sue cause la crisi ambientale. Parlare di "migrante", invece, può far pensare a una scelta volontaria e individuale, mettendo in ombra la componente forzata che caratterizza molte migrazioni ambientali.

In questa ambiguità terminologica si riflette un problema più ampio: l'assenza di un inquadramento giuridico vincolante, specificamente a livello dell'Unione europea, che sappia riconoscere e proteggere adeguatamente chi si trova a fuggire non da una guerra o da una persecuzione, ma da un ambiente che non è più in grado di garantire condizioni minime di vita dignitosa.

2. Il diritto dell'Unione europea di fronte alla migrazione ambientale

Ad oggi, l'Unione europea non dispone di strumenti giuridici specifici per proteggere chi è costretto a spostarsi a causa di problemi ambientali.

La politica comune di asilo e immigrazione dell'Unione offre tutela ai beneficiari dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e della protezione temporanea.

Lo *status* di rifugiato, così come definito dalla direttiva qualifiche (la direttiva 2004/83/CE, poi rifusa nella direttiva 2011/95/UE) [7], ri-

[6] *Ibid*.

[7] Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per

© Wolters Kluwer Italia

prende fedelmente la nozione già contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951 [8]. Quindi, secondo la normativa europea, può essere considerato rifugiato chi proviene da un Paese terzo e si trova al di fuori del proprio Stato di origine per il fondato timore di essere perseguitato a causa della propria razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale. Tale persona, proprio per questo timore, non può – o non vuole – chiedere protezione alle autorità del proprio Paese.

Ora, almeno in teoria, secondo alcuni orientamenti dottrinali e documenti di agenzie internazionali, anche chi è costretto a lasciare il proprio territorio per motivi ambientali potrebbe – in circostanze eccezionali – rientrare in questa definizione di rifugiato [9]. Eventi catastrofici legati al clima, a disastri naturali o a forme estreme di inquinamento ambientale possono effettivamente minacciare in modo grave la vita e la salute delle persone, in maniera assimilabile al danno grave derivante dalla persecuzione.

Tuttavia, tale possibilità resta estremamente limitata e altamente dibattuta [10].

Esistono comunque scenari, rari ma possibili, in cui un migrante ambientale potrebbe ottenere lo *status* di rifugiato. Ad esempio, se una minoranza etnica o religiosa vivesse in una zona ad alto rischio naturale e lo Stato, pur sapendolo, decidesse di non adottare alcuna mi-

---

le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (c.d. direttiva qualifiche), art. 2, lett. d).

[8] Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, adottata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, art. 1A: lo *status* di rifugiato va riconosciuto a chiunque "*nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori dei suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi*".

[9] United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, Geneva, 1 October 2020, pp. 3 ss.; A. Del Guercio, *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2/2021, p. 522. Sull'applicazione dello *status* di rifugiato ai migranti ambientali v. altresì P. Mercure, *In search of legal status for crossborder environmental migrants: the issue of the refugee concept*, in *Rev. dr. Sherbrooke*, 1/2006, pp. 13-15.

[10] Il vero nodo interpretativo risiede nell'onere di dimostrare che dietro al danno ambientale vi sia un elemento soggettivo di persecuzione imputabile allo Stato o alle autorità. V. al riguardo G. Morgese, *I migranti climatici nel diritto dell'Unione europea: profili evolutivi e limiti della tutela*, in R. Di Stasio (a cura di), *Diritto e crisi climatiche. Profili, sfide e prospettive*, Napoli, 2021, pp. 56 ss.

© Wolters Kluwer Italia

sura preventiva, si potrebbe ipotizzare un atto persecutorio per omissione discriminatoria. Allo stesso modo, se dopo un disastro naturale o industriale lo Stato negasse deliberatamente a una comunità colpita ogni forma di assistenza per questioni legate all'appartenenza etnica, religiosa o politica, ci si troverebbe di fronte a una condotta discriminatoria rilevante ai fini del riconoscimento della protezione [11].

In ogni caso, queste situazioni restano eccezionali. Il degrado ambientale, nella maggior parte dei casi, costituisce solo lo sfondo della vicenda, non il cuore giuridico della persecuzione.

Anche la protezione sussidiaria, disciplinata dalla direttiva qualifiche come forma complementare rispetto allo *status* di rifugiato, offre spazi interpretativi limitati in relazione alla tutela dei migranti ambientali. Essa trova applicazione nei casi in cui non ricorrano i presupposti per il riconoscimento dello *status* suddetto, ma il rimpatrio del richiedente comporterebbe il rischio effettivo di subire un "grave danno" [12], ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2011/95/UE.

Le ipotesi di "grave danno" sono indicate in modo tassativo e comprendono: la condanna a morte o l'esecuzione della pena capitale (art. 15, lett. a)), la tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti (art. 15, lett. b)), la minaccia grave e individuale alla vita di un civile, derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato (art. 15, lett. c)).

Con specifico riguardo ai migranti ambientali, la sola ipotesi che potrebbe offrire una base giuridica per l'estensione della protezione sussidiaria è quella prevista dalla lett. b), relativa al rischio di trattamenti inumani o degradanti. Ciò in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in seno alla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha progressivamente adottato un'interpretazione più ampia e sostanziale di tale previsione [13].

---

[11] J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012, pp. 53-58.

[12] Direttiva qualifiche, art. 2, lett. f).

[13] Tradizionalmente, l'orientamento della Corte si fondava sull'esigenza di accertare un'azione diretta e intenzionale da parte delle autorità statali. Al richiedente veniva infatti richiesto di dimostrare che i danni ambientali subiti fossero il risultato di una volontà persecutoria da parte dello Stato: un onere probatorio particolarmente gravoso, spesso impossibile da soddisfare. Una svolta significativa si è registrata con la sentenza *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, nella quale la Corte ha riconosciuto la possibilità di concedere la protezione sussidiaria anche in assenza di comportamenti intenzionali da parte dello Stato. Secondo la Corte, è sufficiente che il rimpatrio comporti il rischio concreto di esporre l'individuo a condizioni di vulnerabilità estrema (C. giust. UE, 19 marzo 2019, C-163/17, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*,

© Wolters Kluwer Italia

In tale prospettiva, una condizione di grave degrado ambientale – che abbia determinato una situazione di povertà diffusa e strutturale – potrebbe, in via eccezionale, integrare gli estremi dell'art. 15, lett. b), della direttiva. Si pensi all'ipotesi in cui, a causa di fenomeni climatici estremi o ricorrenti, lo Stato di origine non sia più in grado di garantire l'accesso ad acqua potabile, alimenti, cure mediche o un alloggio adeguato, compromettendo così in modo grave e irreversibile il diritto del migrante a una vita dignitosa.

Comunque, la portata applicativa di tale evoluzione interpretativa resta circoscritta. Le corti europee continuano a esigere che, in assenza di una condotta intenzionale dello Stato, la compromissione delle condizioni umanitarie nel Paese di origine superi una soglia di gravità particolarmente elevata. Pertanto, la protezione sussidiaria potrebbe risultare accessibile solo nei casi in cui il degrado ambientale abbia già determinato un collasso sistemico tale da precludere l'accesso ai mezzi essenziali di sussistenza [14].

Ne consegue che l'attuale configurazione della protezione sussidiaria si dimostra inadeguata a tutelare in modo effettivo i migranti ambientali. Da un lato, perché impone un onere probatorio particolarmente stringente; dall'altro, perché non è in grado di intercettare situazioni di rischio ambientale crescente, ma non ancora giunte al punto di compromissione umanitaria estrema. Proprio quei contesti – collocati in una zona grigia tra la vulnerabilità e l'emergenza – sono destinati a sfuggire alle maglie dell'attuale sistema di protezione, pur essendo tra i più esposti agli effetti futuri del cambiamento climatico.

La direttiva 2001/55/CE del Consiglio, concernente l'attribuzione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati [15], costituisce uno strumento straordinario volto a fornire un'accoglienza immediata e collettiva a persone costrette a fuggire dal proprio Paese e impossibilitate a farvi ritorno in condizioni di sicurezza [16]. In particolare, l'art. 2 della direttiva individua come presupposti tipici dell'attivazione di tale protezione l'esistenza, nello Stato di origine, di un

---

punto 92). V. altresì C. giust. UE, 20 gennaio 2021, C-255/19, *Secretary of State for the Home Department c. OA*, punto 51).

[14] A. Del Guercio, *Op. cit.*, pp. 525-526.

[15] Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (c.d. direttiva protezione temporanea).

[16] *Id.*, art. 1 e 2, lett. c).

© Wolters Kluwer Italia

conflitto armato oppure di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani.

In via teorica, nulla osta all'inclusione dei migranti ambientali nel campo di applicazione della protezione temporanea. Una situazione di degrado ambientale acuto o il verificarsi di eventi climatici estremi potrebbero infatti rendere il ritorno in patria incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, alla salute, alla dignità umana e ad un tenore di vita adeguato [17].

Ciononostante, l'istituto presenta significativi limiti strutturali che ne compromettono l'efficacia quale strumento di protezione dei migranti ambientali. Il primo limite è di ordine soggettivo e concerne il requisito dell'afflusso massiccio: la direttiva è attivabile solo in presenza di un numero elevato di sfollati, tale da determinare una pressione significativa sul sistema di accoglienza degli stati membri. Ne consegue che il singolo individuo – anche se esposto a condizioni oggettivamente gravi derivanti da disastri ambientali – non può beneficiare della protezione temporanea in via individuale.

Un secondo limite è insito nella natura temporanea della protezione, concepita come misura di breve durata, destinata ad affrontare emergenze circoscritte nel tempo. Eppure, i cambiamenti climatici e le loro conseguenze più drammatiche – come desertificazione, innalzamento del livello del mare, eventi metereologici estremi ricorrenti – producono effetti strutturali e duraturi, soprattutto nei Paesi meno sviluppati, dove la vulnerabilità è aggravata dall'assenza di politiche efficaci di prevenzione e adattamento. Il carattere provvisorio della misura, quindi, risulta difficilmente compatibile con fenomeni che generano uno stato cronico di insicurezza ambientale e umanitaria.

Infine, esiste un ulteriore ostacolo di natura procedurale. L'attivazione della protezione temporanea richiede una decisione del Consiglio dell'Unione europea, adottata su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio deve accertare formalmente l'esistenza di un afflusso massiccio e dichiarare l'entrata in vigore del regime. Tale procedura, oltre a riflettere la natura eccezionale dell'istituto, ha comportato un utilizzo estremamente limitato nella prassi [18].

---

[17] Si pensi, ad esempio, a scenari in cui calamità naturali distruggano le infrastrutture essenziali di uno Stato e quest'ultimo non sia in grado, per mancanza di risorse, di ripristinarle nel breve termine. In tali circostanze, il rimpatrio potrebbe esporre le persone a un rischio concreto di privazione dei mezzi minimi di sussistenza.

[18] La protezione temporanea è stata attivata una sola volta dalla sua introduzione,

© Wolters Kluwer Italia

In conclusione, sebbene la protezione temporanea presenti, in astratto, un potenziale applicativo rispetto a contesti di crisi ambientale acuta, l'insieme dei vincoli soggettivi, oggettivi e procedurali rende lo strumento inadatto a offrire una risposta strutturale, efficace e tempestiva al fenomeno delle migrazioni indotte dal cambiamento climatico.

2.1. *Il Nuovo Patto su migrazione e asilo*

Il Nuovo Patto su migrazione e asilo, presentato dalla Commissione europea nel 2020 [19], mira a riformare la politica migratoria dell'Unione europea dopo anni di stallo [20]. Pur riconoscendo il legame crescente tra migrazione, instabilità geopolitica e cambiamenti climatici [21], il Patto non introduce misure specifiche per la protezione dei migranti ambientali. Rimane quindi irrisolta la questione del loro riconoscimento giuridico, lasciando questa categoria vulnerabile priva di un quadro normativo dedicato.

Nel testo del Patto, il cambiamento climatico viene menzionato più volte quale fattore di pressione migratoria. La comunicazione della Commissione afferma che "*i cambiamenti climatici, le catastrofi ambientali e le crisi sanitarie aumenteranno la pressione migratoria nei prossimi anni*" [22], lasciando intendere che le migrazioni ambientali costituiscono una sfida emergente da affrontare in modo strutturale. Nonostante ciò, le proposte normative concrete non introducono una categoria protetta di "migranti climatici", né integrano le conseguenze ambientali tra i motivi specifici di protezione sussidiaria o umanitaria.

Dal punto di vista sistematico, il Nuovo Patto su migrazione e asi-

---

in occasione della crisi umanitaria generata dall'aggressione russa all'Ucraina nel 2022.

[19] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020)609 def., Bruxelles, 23 settembre 2020. Per un commento generale v. M. Borraccetti, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?,* in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2021, pp. 1 ss.; R. Palladino, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, 2/2020, pp. 63 ss.

[20] L'accordo politico sul pacchetto legislativo è stato raggiunto il 20 dicembre 2023; l'approvazione definitiva del Parlamento europeo, il 10 aprile 2024; la firma formale del Consiglio, a maggio 2024; la pubblicazione nella G.U.U.E., a giugno 2024. Le nuove norme sono entrate in vigore nel 2026, a seguito di un periodo transitorio destinato all'adeguamento dei sistemi nazionali.

[21] Parlamento europeo, comunicato stampa, aprile 2024; Consiglio dell'Unione europea, comunicato stampa, maggio 2024.

[22] COM(2020)609 def., cit., p. 1.

© Wolters Kluwer Italia

lo si compone oggi di un pacchetto di atti legislativi, alcuni nuovi e altri destinati a riformare strumenti già esistenti, come il regolamento Dublino (ora sostituito dal regolamento sul controllo della migrazione e dell'asilo – COM(2020)610), la direttiva qualifiche, il regolamento Eurodac, il regolamento sulle procedure d'asilo e quello sulle condizioni di accoglienza [23]. Questi strumenti, entrati in vigore tra il 2024 e il 2025, in parte non sono ancora pienamente applicabili, ma definiscono comunque il quadro normativo destinato a disciplinare la politica migratoria dell'Unione. È significativo osservare che, pur nella loro ampiezza, nessuno di questi atti prevede esplicitamente una protezione fondata su fattori ambientali o climatici.

Un'analisi più approfondita del Patto mostra tuttavia alcune aperture, seppur embrionali, verso un approccio più olistico alla protezione umanitaria. In particolare, la comunicazione introduttiva insiste sull'idea di una "migrazione ordinata, sicura e regolare" come cardine della futura politica europea. In questo contesto, la Commissione ha dichiarato l'intenzione di collaborare con i Paesi terzi per affrontare le "cause profonde" della migrazione irregolare – tra le quali figura espressamente il cambiamento climatico – e di sostenere la resilienza delle comunità più vulnerabili attraverso strumenti di cooperazione e sviluppo [24].

Contrariamente però a quanto può apparire, questa attenzione alle cause strutturali non si traduce in una concreta strategia di protezione. Infatti, l'approccio del Patto sembra ancora fortemente orientato verso la dimensione securitaria e del contenimento, come dimostrato dal rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, dall'esternalizzazione delle procedure di asilo e dalla crescente enfasi sui rimpatri rapidi, in un quadro, quindi, dove i migranti climatici continueranno a rischiare di essere assimilati a migranti economici e, come tali, di essere esclusi dai percorsi di protezione previsti per i rifugiati.

Il Patto non modifica dunque la struttura del sistema europeo di protezione internazionale, fondato sullo *status* di rifugiato e sulla protezione sussidiaria e temporanea.

---

[23] Regolamento (UE) 2024/1350, in G.U.U.E. L/2024/1350 del 22 maggio 2024; regolamento (UE) 2024/1348, in G.U.U.E. L/2024/1348 del 22 maggio 2024; regolamento (UE) 2024/1356, in G.U.U.E. L/2024/1356 del 22 maggio 2024; regolamento (UE) 2024/1358, in G.U.U.E. L/2024/1358 del 22 maggio 2024; regolamento (UE) 2024/1347, in G.U.U.E. L/2024/1347 del 22 maggio 2024.

[24] COM(2020)609 def., cit., p. 8.

© Wolters Kluwer Italia

3. Il *non-refoulement* tra evoluzione giuridica e diritti umani

Se da un lato il cambiamento climatico produce forme di mobilità sempre più numerose e complesse, dall'altro il diritto dell'Unione europea continua a operare entro categorie concettuali e strumenti normativi pensati per scenari profondamente diversi da quelli connessi ai rischi ambientali.

Di fronte a questo scenario, una delle soluzioni prospettate in dottrina consiste nel valorizzare il principio di *non-refoulement* nella sua dimensione evolutiva [25], quale possibile strumento di tutela – seppur indiretta – per i migranti ambientali. Tale impostazione trova alcuni riscontri nella giurisprudenza internazionale più recente [26]: l'art. 33 della Convenzione di Ginevra e l'interpretazione estensiva dell'art. 3 CEDU [27] potrebbero infatti operare come meccanismi residuali ma significativi di protezione, impedendo il rimpatrio verso situazioni in cui l'individuo correrebbe un rischio reale e prevedibile di trattamenti inumani o degradanti. In tale prospettiva, alcuni Autori ritengono che anche contesti di grave degrado ambientale, quando incidono in modo sostanziale sulla possibilità di condurre una vita dignitosa, possano integrare tale rischio [28]. Non si tratterebbe, dunque, di riconoscere automaticamente un titolo di protezione in presenza di deterioramento ambientale, ma di considerare tale deterioramento come una circostanza idonea a generare una vulnerabilità rilevante, attivando così la protezione indiretta offerta dal divieto assoluto di respingimento.

Questa evoluzione giurisprudenziale internazionale in materia di tutela dei migranti ambientali solleva interrogativi rilevanti per la politica comune dell'Unione europea in tema di asilo e immigrazione [29]. Sebbene il diritto dell'Unione riconosca il principio di *non-refoulement* come pilastro della protezione internazionale, sancito dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali e integrato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [30], la sua applicazione concreta da parte degli Stati membri, nell'ambito delle procedure di asilo e rimpatrio, è tradizional-

---

[25] J. McAdam, *Op. cit.*, pp. 53-58.

[26] Comitato ONU per i Diritti Umani, 9 gennaio 2020, comunicazione n. 2728/2016, *Teitiota c. Nuova Zelanda*.

[27] C. eur. dir. uomo, 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

[28] A. Del Guercio, *Op. cit.*, pp. 525-526.

[29] C. Scissa, *The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3/2022, p. 35.

[30] C. giust. UE, 17 febbraio 2009, C-465/07, *Elgafaji*; 13 settembre 2017, C-353/16, *Lounani*.

© Wolters Kluwer Italia

mente limitata ai casi di persecuzioni personali o di minacce gravi e individualizzate alla vita e all'integrità fisica [31].

L'eventuale consolidamento di un orientamento giurisprudenziale che estenda il principio di *non-refoulement* anche ai migranti ambientali, sulla base delle norme internazionali in materia di diritti umani e di una lettura più ampia del concetto di vulnerabilità, rischia di entrare in tensione con l'attuale impianto normativo dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione [32]. Infatti, pur fondandosi su valori essenziali quali il rispetto della dignità umana e il divieto di respingimento, il sistema giuridico europeo continua ad applicare il principio di *non-refoulement* in modo restrittivo, riservandolo prevalentemente a situazioni di persecuzione o di rischio individuale.

In conclusione, pur non rappresentando, ovviamente, una soluzione definitiva alla lacuna di protezione, l'evoluzione interpretativa del principio di *non-refoulement* costituisce un segnale giuridico significativo. Una chiusura, da parte dell'Unione europea, rispetto alla possibilità di valorizzarne la portata in relazione ai migranti ambientali rischierebbe di accentuare la distanza tra l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritto internazionale e la capacità dell'Unione di offrire le prime risposte giuridiche adeguate a nuove forme di mobilità forzata.

Colmare tale distanza, dunque, rappresenterebbe un passaggio fondamentale per rafforzare la capacità dell'Unione di dare risposte efficaci e coerenti con i suoi valori fondativi, affinché sia la tutela dei diritti umani a guidare la politica migratoria dell'Unione stessa.

[31] C. giust. UE, 22 novembre 2010, C-57/09 e C-101/09, *B. e D.*

[32] C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2021, p. 14.

© Wolters Kluwer Italia

DIRITTO E PRASSI NELLE SANZIONI UE: TENSIONI TRA PESC E PCC SULL'UNANIMITÀ *

LORENZO CORDA

SOMMARIO: 1. Sanzioni, crocevia giuridico per un'Unione divisa tra un'azione esterna efficace e la "questione unanimità". – 2. Dalla "dottrina Rhodesia" alla comunitarizzazione, la "genesi" del problema sanzioni esterne dell'Unione. – 3. Accenni alla disciplina vigente in materia di sanzioni. – 3.1. Sviluppi della prassi contro la Russia. – 4. Proposta di regolamento PCC: forzatura della Commissione o drastica "soluzione" della "questione unanimità"?. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract: The European Union's external sanctions policy represents a critical legal juncture in the EU legal framework, as the pursuit of effective foreign policy restrictions appears to collide with the structural perceived "constraint" of unanimity in the Common Foreign and Security Policy (CFSP) legal framework. This paper offers a critical review of the evolving legal framework governing EU sanctions, juxtaposing legal innovations surfaced together with the legal-political tensions in response to Russia's 2022 aggression against Ukraine with an analogous past endeavour dating back to the outset of EU sanctions policy itself. By examining today's unique *two-tier procedure* – requiring unanimity under CFSP and subsequent implementation via qualified majority under Common Commercial Policy (CCP) – this study glances at the dissonance between formal treaty provisions and crisis-driven practice. In this respect, the recent 2025 Commission proposal for a gas import ban against Russia, grounded solely in the CCP, will be carefully scrutinized against significant legal concerns, and will be styled as a measure that break the unanimity requirement in a risky way. The paper argues that such legal manoeuvres – though politically

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

© Wolters Kluwer Italia

expedient – risk undermining key tenets of the EU legal order, *in casu* leading to annulment actions before the Court of Justice.

1. Sanzioni, crocevia giuridico per un'Unione divisa tra un'azione esterna efficace e la "questione unanimità"

Le sanzioni costituiscono per tradizione un controverso ambito normativo ad alta densità politica in ordinamenti giuridici di diverso livello. Nel diritto internazionale, la nozione difetta di interpretazione uniforme, come traspare da prassi disomogenee, dalla dialettica sulla legittimità e sulle condotte per cui le sanzioni possono trovare applicazione [1]. Le misure unilaterali in particolar modo tendono ad operare in un "*legal vacuum*" [2] e rappresentano una sottospecie degna di nota.

Parimenti, si osserva, a livello di Unione europea, una complessa disciplina sanzionatoria. Essa traspare, *inter alia*, dall'articolato *iter* procedurale incardinato sulla Politica estera e di sicurezza comune (PESC), riflesso di un *unicum* procedurale e sostanziale sopravvissuto perfino a revisioni dei Trattati. L'Unione, difatti, riveste ad oggi il ruolo di organizzazione internazionale deputata a centralizzare l'adozione di sanzioni, investita del compito di trasporre le relative restrizioni ibride in natura in atti di diritto derivato. Sebbene, però, queste ultime non si ascrivano inequivocabilmente ad una sua singola politica, il diritto unionale richiede per l'adozione basi giuridiche univoche. Ai fini dell'analisi che seguirà, e consapevoli di tralasciare altri strumenti equiparabili, il contributo si concentrerà su sanzioni unionali poste in essere come "misure restrittive" [3].

In questo contesto, appare *prima facie* singolare che la Politica commerciale comune (PCC) non sia coinvolta di per sé, pur rappresentando la proiezione esterna del mercato unico nonché l'unica area dell'azione esterna in cui l'Unione gode di competenza esclusiva [4]. In

[1] *Ex multis*, A. PELLET - A. MIRON, *Sanctions*, in *MPEPIL,* disponibile su *https://opil.ouplaw.com*.

[2] S.P. SUBEDI, *Unilateral sanctions in international law*, Oxford, 2021, p. V. Si fa riferimento a sanzioni senza previa autorizzazione ONU.

[3] Per uno sguardo su altri strumenti unionali, L. LONARDO - V. SZÉP, *The Use of Sanctions to Achieve EU Strategic Autonomy: Restrictive Measures, the Blocking Statute and the Anti-Coercion Instrument*, in *Eur. For. Aff. Rev.*, 4/2023, p. 363 ss.

[4] Art. 3 TFUE.

© Wolters Kluwer Italia

realtà, ai tempi della Comunità europea (CE), una disposizione PCC è stata invocata come sola base giuridica al fine di avviare, per la prima volta, lo strumento sanzionatorio europeo. Ciò avveniva, però, in assenza di una PESC come l'abbiamo oggi. La previsione di una competenza speciale che "*riguarda tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza comune*" ha portato a mettere la PCC in secondo piano [5].

Rappresenta pertanto un ritorno al passato la recente proposta formulata dalla Commissione volta a irrogare sanzioni contro la Russia a base esclusivamente PCC. Tale proposta, infatti, si pone in netto contrasto con il consolidato *iter* procedurale previsto nel dettato dei Trattati. Con essa l'esecutivo europeo mira, come è chiaro, ad aggirare la regola generale dell'unanimità prevista nell'ambito PESC e a pervenire ad una politica sanzionatoria rapida ed efficace. Ciò la espone tuttavia a forti critiche.

Difatti, negli ultimi anni la dottrina si è alternata nel qualificare il requisito *ex* art. 31, par. 1, TUE come ostacolo alla conduzione di una politica sanzionatoria pragmatica ovvero come componente chiave dell'equilibrio nella PESC. Se la costante minaccia del veto in materia di sanzioni appare ai più emblematica di una PESC disfunzionale [6], l'imperativo di ristabilire "*la rigorosa osservanza (...) del diritto internazionale*" nel turbolento vicinato dell'Unione sancisce l'unanimità quale problema politico in cerca di una soluzione giuridica [7]. Già nel 2018 la Commissione Juncker suggeriva che il Consiglio europeo adottasse una decisione per consentire un voto a maggioranza qualificata per le sanzioni ai sensi della c.d. "clausola passerella" di cui all'art. 31, par. 3, TUE [8]. Quattro anni dopo, la Commissione von der Leyen faceva seguito in coda alla Conferenza sul futuro dell'Europa [9].

Avvicinandosi il rinnovo delle sanzioni contro la Russia, un acce-

---

[5] Art. 24, par. 1, TUE.

[6] M. Patrick - P. Slominski, *The Soft Hostage-Taking of EU Foreign Policy: Hungary's Rule of Law Conflict with the EU and Russia's War against Ukraine*, in *Journ. Eur. Publ. Pol.*, 1/2025, p. 11.

[7] Art. 3, par. 5, TUE.

[8] Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un ruolo più incisivo a livello mondiale: un processo decisionale più efficiente per la politica estera e di sicurezza comune dell'UE*, COM(2018)647 def., Bruxelles, 12 settembre 2018.

[9] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Conferenza sul futuro dell'Europa. Dalla visione all'azione*, COM(2022)404 def., Bruxelles, 17 giugno 2022.

© Wolters Kluwer Italia

so dibattito ha diviso la dottrina tra chi propone di trovare il modo per aggirare, *una tantum*, il probabile voto contrario ungherese nel Consiglio, in quanto asseritamente in violazione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 TUE [10], e coloro che ribadiscono lo spirito del consenso e del compromesso quale base della natura intergovernativa della PESC e condizione del suo corretto funzionamento [11].

2. Dalla "dottrina Rhodesia" alla comunitarizzazione, la "genesi" del problema sanzioni esterne dell'Unione

Agli esordi, la politica in materia di sanzioni degli Stati membri non si avvale degli strumenti giuridici propri del diritto comunitario, bensì di misure ascrivibili agli ordinamenti nazionali. Tale iniziale condotta si giustifica nel richiamo al mandato delle Nazioni Unite [12] e si sostanzia giuridicamente nell'art. 224 TCEE (ora art. 347 TFUE), secondo cui ad ogni Stato membro è data facoltà di deroga agli obblighi comunitari (oggi unionali), in particolare "*per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale*". La natura di *domaine reservé* delle sanzioni, dunque, dissuade gli Stati membri dall'unica possibilità di regolamentazione comune allora disponibile, ovvero il quadro della PCC, già riconosciuta dalla Corte come competenza esclusiva CEE [13].

Tale prassi diverrà nota, a posteriori, come "dottrina Rhodesia" [14]. L'obbligo in capo agli Stati membri di dare attuazione alle risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza [15] espone la PCC quale *locus* giu-

---

[10] A. VON BOGDANDY - L.D. SPIEKER, *Overcoming the Hungarian Veto*, disponibile su *www.verfassungsblog.de*, 13 June 2025; IID., *A Rejoinder to Dawson and van den Brink*, disponibile su *www.verfassungsblog.de*, 31 August 2025.

[11] M. DAWSON - M. VAN DEN BRINK, *A Response to von Bogdandy and Spieker*, disponibile su *www.verfassungsblog.de*, 27 June 2025.

[12] Art. 41 Carta ONU.

[13] V. C. giust. CEE, 11 novembre 1975, parere 1/75, *Accordo OCSE, norma per le spese locali.*

[14] P. KOUTRAKOS, *Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law: The Legal Regulation of Sanctions, Exports of Dual-use Goods and Armaments*, Oxford, 2001, p. 58. Il nome deriva dal ricorso estensivo alle sanzioni nazionali negli anni '60 contro lo Stato della Rhodesia.

[15] S. BOHR, *Sanctions by the United Nations Security Council and the European Community*, in *Eur. Journ. Intern. Law*, 2/1993, p. 256. Le sanzioni decise attraverso risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sono legalmente vincolanti per gli Stati membri ai sensi dell'art. 41 Carta ONU.

© Wolters Kluwer Italia

ridico non necessario per misure economiche i cui intrinseci requisiti di politica estera sono assolti, in autonomia, dai primi.

A partire dalla seconda metà degli anni '70, però, l'approccio della Corte di giustizia verso la PCC apre a un'interpretazione estensiva del suo ambito *ratione materiae* [16], precisando, d'altro lato, come agli Stati membri sia dato agire nell'ambito così definito "*solo se specificamente autorizzati dalla Comunità*" [17].

La scarsa coordinazione tra Stati, l'affermazione del meccanismo intergovernativo della Cooperazione politica europea (CPE), l'esercizio del diritto di veto nel Consiglio di Sicurezza figurano tra i fattori che inducono gli Stati membri, negli anni '80, al concertare lo sforzo sanzionatorio mediante il quadro giuridico comunitario [18]. Tuttavia, mentre la determinazione del Consiglio trova espressione giuridica in un regolamento *ex* art. 113 TCEE (attuale art. 207 TFUE), una decisione politica unanime *extra* Trattati in seno alla CPE assume carattere di *conditio sine qua non*. Una tale soluzione non unitaria, da un lato, priva l'ordinamento comunitario della sua esclusività, ma, dall'altro, sottrae agli Stati membri la competenza a scegliere gli strumenti per stabilire le sanzioni [19].

Si depoliticizza, così, la PCC e la sua procedura decisionale, dal momento che tale settore è ridotto ad implementare sanzioni decise *ex ante* in sede CPE, in relazione al quale il sindacato giurisdizionale della Corte è peraltro precluso. D'altronde, ciò funge da soluzione al "problema" posto dalla (parziale) costituzione di un istituto sanzionatorio comunitario. Purtuttavia, a conseguenza di ciò vi è la dissociazione della natura politica delle sanzioni nella CPE, genesi di un'inconsistenza che permarrà, nella forma di asimmetria normativa, nella procedura di adozione delle sanzioni UE a base PESC.

---

[16] C. giust. CEE, 4 ottobre 1979, parere 1/78, *Accordo internazionale sulla gomma naturale*, par. 44.

[17] C. giust. CEE, 15 dicembre 1976, C-41/76, *Donkerwolke*, par. 32.

[18] M. Cremona, *External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy*, in P. Craig - G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 229. Il primo atto che reca sanzioni comunitarie è il regolamento (CEE) n. 596/82 del Consiglio, del 15 marzo 1982, che modifica il regime di importazione di alcuni prodotti originari dell'URSS, in G.U.C.E. L 72 del 16 marzo 1982.

[19] P. Koutrakos, *Op. cit*., p. 66.

© Wolters Kluwer Italia

3. Accenni alla disciplina vigente in materia di sanzioni

Allo stato attuale, le misure restrittive costituiscono gli strumenti giuridici più "fortunati" nella PESC [20]. Questa si presenta quale area giuridica *sui generis* sottoposta "*a norme e procedure specifiche*" [21], inclusa la regola generale dell'unanimità nel processo decisionale [22].

In seguito al Trattato di Lisbona, le sanzioni ricadono nell'azione esterna UE. Pertanto, perseguono uno o più degli obiettivi politici condivisi dalla totalità delle politiche di quest'area, sebbene si presentino prevalentemente quali misure finanziarie e commerciali per il contenuto [23]. La disciplina concilia tale natura ibrida mediante il processo decisionale che, rimesso alla piena discrezionalità del Consiglio, segue una c.d. *two steps and two tier procedure.* Una decisione unanime *ex* art. 29 TUE dichiara la posizione unionale e precede un atto giuridico adottato a maggioranza qualificata ai sensi dell'art. 215 TFUE, atto ad implementarla, conferirle efficacia a livello unionale e dettagliarne le restrizioni [24]. Per le sanzioni di applicazione generale, l'atto giuridico predisposto a tali fini è un regolamento [25].

Non diversamente da quanto avveniva con le sanzioni comunitarie, il requisito dell'unanimità nella PESC vanifica la successiva facoltà di decidere a maggioranza qualificata. Tuttavia, i Trattati prevedono meccanismi di flessibilità decisionale di interesse ai fini del presente contributo.

L'astensione costruttiva *ex* art. 31, par. 2, co. 2, TUE impedisce che un atto PESC produca effetti giuridici nei confronti dello Stato membro astenuto, in capo al quale il principio di leale cooperazione vieta "*azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione*" [26]. Ciò non preclude, d'altra parte, l'adozione comune. Nell'integrata procedura *ex* art. 215 TFUE, tuttavia, si produce un paradosso, nella misura in cui l'applicazione dell'art. 31, par. 2, co. 2, TUE è cir-

---

[20] R.A. WESSEL, *The future of EU Foreign, Security and Defence Policy: Assessing legal options for improvement*, in *Eur. Law Journ.*, 5/2021, p. 2.

[21] La PESC è l'unico settore dell'azione esterna interamente disciplinato nel TUE.

[22] Art. 24, par. 1, co. 1 e 2, TUE.

[23] Titolo V TUE e Parte Quinta del TFUE. Gli obiettivi comuni sono elencati nell'art. 21, par. 2, TUE, e ribaditi nell'art. 205 TFUE.

[24] C. giust. UE, 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*, par. 89.

[25] Art. 215, par. 1, TFUE. Per chiarezza sull'effettiva differenza tra le due tipologie di sanzioni, v. C. giust. UE, 23 aprile 2013, C-478/11 P e C-482/11 P, *Gbago*, par. 56-57.

[26] Esso si trova in una sua accezione "negativa" nell'art. 24, par. 3.

© Wolters Kluwer Italia

coscritta alla PESC. Un voto contrario da parte dello Stato membro astenutosi "costruttivamente" in sede PESC non impedirebbe che il successivo regolamento approvato a maggioranza qualificata in sede PCC impegni anche lo Stato astenuto alle sanzioni, salvo che sia lo stesso regolamento a statuire in questo senso [27]. La Corte ha difatti confermato come ciascun dei due atti sia, in sé e per sé, autonomo anche per la procedura decisionale e la modalità di voto [28].

3.1. *Sviluppi della prassi contro la Russia*

Il divario tipicamente in essere tra l'*iter* procedurale formale di cui ai Trattati e la prassi tende ad ampliarsi durante i periodi di crisi, in proporzione all'impatto di queste [29].

Di recente, la prassi sanzionatoria si è dimostrata capace di evoluzione, aggirando talune rigidità procedurali in risposta a contingenze eccezionali, *in casu* l'invasione russa dell'Ucraina del 2022 [30]. Attualmente, decisione e regolamento trovano adozione in sincrono e presentano disposizioni sempre più simili nel contenuto, al fine evidente di una più spedita approvazione. È però in quest'ultima innovazione della forma delle sanzioni che taluni rintracciano responsabilità nelle recenti *impasse* in Consiglio [31]. Se ne desume come una decisione PESC più essenziale e fedele alla funzione originaria di indirizzo politico potrebbe contribuire alla riduzione dell'esercizio del veto nell'ambito in esame.

Il Consiglio, peraltro, ha devoluto alla Commissione prerogative eccezionali nella stesura di questa, segno evidente dell'importanza che attribuisce ad una risposta tempestiva contro la Russia da leggere al vaglio del principio dell'equilibrio interistituzionale, di cui all'art. 13 TUE [32].

---

[27] Per una lettura opposta, cfr. M.E. Bartoloni, *Simple Abstention and Constructive Abstention in the Context of International Economic Sanctions: Two Too Similar Sides of the Same Coin?*, in *Eur. Papers*, 3/2022, p. 1121 ss.

[28] C. giust. UE, 16 novembre 2011, C-548/09 P, *Bank Melli*, par. 71.

[29] Per approfondimenti, v. B. De Witte, *Guest Editorial: EU Emergency Law and Its Impact on the EU Legal Order*, in *CMLR*, 1/2022, p. 3 ss.

[30] L. Lonardo, *Challenging EU Sanctions against Russia: The Role of the Court, Judicial Protection, and Common Foreign and Security Policy*, in *Cambridge Yearb. Eur. Leg. St.*, vol. XXV, Cambridge, 2023, p. 42.

[31] J. Schäffer, *EU Sanctions and the Mirage of Unanimity*, disponibile su *verfassungsblog.de*, 8 October 2025, p. 2.

[32] Y. Miadzvetskaya, *EU sanctions decision-making in times of war: Procedural*

© Wolters Kluwer Italia

4. Proposta di regolamento PCC: forzatura della Commissione o drastica "soluzione" della "questione unanimità"?

Nel giugno 2025, la Commissione ha proposto un regolamento il cui Capo II imporrebbe un divieto di importazione di gas russo nell'Unione dal 2026 ("la proposta"), indicando come base giuridica l'art. 207 TFUE (integrato dall'art 194 TFUE, trattandosi di energia) [33].

Prima facie, uno sguardo al contenuto della proposta e delle passate misure restrittive settoriali-economiche di applicazione generale (di ambito energetico) rivela evidenti somiglianze tra le rispettive restrizioni [34]. Le motivazioni politiche e il contesto trovano menzione, in modo analogo, nei considerando della proposta, che si limitano ad un accenno all'*iter* procedurale dominante per le sanzioni finora fondato sulla PESC (fulcro, tra l'altro, dell'attuale politica energetica dell'UE contro la Russia) [35]. Un elenco delle definizioni pertinenti tipico delle misure restrittive tecniche in natura anticipa una disposizione che richiama la c.d. "clausola antielusione", disposizione innovativa dei regimi di sanzioni contro il Cremlino [36]. È dunque evidente l'intento del legislatore UE di irrogare mediante il Capo II misure restrittive come intese dall'art. 215, par. 1, TFUE. Da una parte, ciò sancisce una radicale rottura con il dettato dei Trattati che prevede, come punto di partenza, il coinvolgimento della PESC. Dall'altra, si mina così l'approccio unionale sulle sanzioni e la "*consistency between the different areas of its external action*" all'art. 21, par. 3, TUE [37], principio generale di rango "strutturale" del diritto europeo [38].

Parimenti, non scarseggiano le differenze. L'assenza di un termine

---

changes and rise of the Commission, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 3/2025, p. 6.

[33] Proposta di regolamento, del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo all'abbandono graduale delle importazioni di gas naturale russo e al miglioramento del monitoraggio delle potenziali dipendenze energetiche e recante modifica del regolamento (UE) 2017/1938, COM(2025)828 def., Bruxelles, 17 giugno 2025 (Proposta di regolamento).

[34] Art. 215, par. 1, TFUE.

[35] Proposta di regolamento, considerando n. 8.

[36] Proposta di regolamento, art. 10. V. F. FINELLI, *Principio di effettività e misure restrittive UE: la lotta all'elusione nel contesto della guerra in Ucraina*, in *Quad. AISDUE*, 4/2023.

[37] La scelta di citare il TUE in lingua inglese è sulla scorta delle considerazioni in L. DEN HERTOG - S. STROß, *Coherence* in *EU External Relations: Concepts and Legal Rooting of an Ambiguous Term*, in *Eur. For. Aff. Rev.*, 3/2013, p. 373 ss.

[38] V. M.E. CAÑAMARES, *"Building Coherent Responses": Coherence as a Structural Principle in EU External Relations*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018.

© Wolters Kluwer Italia

delle restrizioni proposte nel Capo II stride con la finalità non punitiva *per sé* delle sanzioni emanate da decisioni PESC, ribadita dagli orientamenti del Consiglio in materia [39] e riconosciuta per quelle individuali dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni in *Kadi II* [40]. La temporaneità – e dunque reversibilità – delle sanzioni PESC reca in sé l'implicita promessa della loro abrogazione una volta ripristinato l'adempimento dell'obbligo violato o cessata la condotta inamichevole contestata. Ciò comporta, per i bersagli, la prospettiva di un ritorno economico o diplomatico a seguito dell'interruzione delle attività causa dell'adozione delle misure. D'altro lato, aspetto di particolare rilevanza, è che si tratta di un atto PCC da adottare secondo la procedura legislativa ordinaria e potrebbe quindi essere approvato a maggioranza qualificata nel Consiglio come modalità di voto ordinaria [41].

Non è un mistero che tale considerazione abbia orientato la scelta della base giuridica da parte della Commissione, al fine di evitare un potenziale stallo in Consiglio dovuto al requisito dell'unanimità richiesta nella PESC [42]. Analogamente alla prima stagione delle sanzioni, la scelta dell'art. 207 TFUE a tale fine comporta una forzatura nel diritto dell'Unione quale condizione per la risposta giuridica ad un problema, fondamentalmente, politico. Le analogie storico-giuridiche, tuttavia, non vanno oltre. Al contrario, la misura PCC subisce una politicizzazione in un tentativo di conferire natura sovranazionale alle sanzioni, il che si scontra con la loro consolidata natura intergovernativa.

A tal proposito, le criticità in punto di diritto assumono una dimensione sostanziale e richiedono un passo indietro verso un argomento chiave in materia di diritto unionale generale. In ossequio al principio di attribuzione di cui all'art. 5, par. 4, TUE, ogni atto di diritto derivato dell'Unione deve rientrare esclusivamente nell'alveo delle competenze attribuitele nei Trattati: le istituzioni sono tenute ad "ancorare" gli atti che intendono adottare a basi giuridiche idonee a conferire la competenza corrispondente. La scelta alla base di tale operazione è una sfida cruciale e "*riveste un'importanza di natura costituzionale*" [43].

Per un atto, pertanto, una base giuridica erronea pone un problema

---

[39] Segretariato generale del Consiglio, *Orientamenti per le sanzioni-aggiornamento*, Bruxelles, 4 maggio 2018, p. 46: "*Sono strumenti preventivi, non punitivi*".

[40] Conclusioni dell'AG Bot, 19 marzo 2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10, *Kadi II*, par. 68.

[41] Art. 294 TFUE.

[42] A. Hancock, *EU plans ban on new Russian gas contracts using trade law*, 16 June 2025, disponibile su *Financialtimes.com*.

[43] C. giust. UE, 1° ottobre 2009, C-370/07, *Commissione c. Consiglio*, par. 26.

© Wolters Kluwer Italia

di carattere procedurale e sostanziale del diritto europeo. Dal Trattato di Lisbona, inoltre, l'art. 40 TUE opera da "*chinese wall*" tra le procedure decisionali sottostanti alla PESC e alle politiche esterne di cui al TFUE, impedendo una "contaminazione" tra basi giuridiche diverse [44]. Il vasto ambito *ratione materiae* riconosciuto dai Trattati alla PCC non aiuta certo una demarcazione efficace [45].

Il punto è che risulta artificioso districare elementi di politica estera da quelli di politica commerciale quando si tratta di sanzioni di applicazione generale. Come già si è visto, isolare per queste uno o più obiettivi per singola politica dell'azione esterna non è possibile [46]. Il diritto unionale, tuttavia, lo richiede. Laddove il contenuto e gli obiettivi di un atto sono per la Corte gli "*elementi oggettivi suscettibili di sindacato giurisdizionale*" in sede di disputa [47], i secondi sono dirimenti nella verifica del *centro di gravità* [48], a cui la Corte ricorre nel caso un atto "*persegua una pluralità di scopi o presenti contenuti differenziati*" [49]. Difatti, nel primo caso la Corte esige che sia identificato l'obiettivo principale di un determinato atto e, in relazione a questo, la base giuridica corrispondente [50]. Purtroppo una tale verifica nell'ambito dell'azione esterna presenta forti complicazioni [51].

Per tali ragioni, la descritta proposta di regolamento, qualora avesse seguito, sarebbe esposta al rischio di contestazioni quanto alla sua legittimità. Gli Stati membri contrari alle restrizioni, difatti, avrebbero facile gioco a far che la base giuridica della proposta è inesatta [52]. In

---

[44] M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in A. DASHWOOD - M. MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008, p. 45. Stando all'art. 275 TFUE, la Corte è competente in ambito PESC per verificare l'ottemperanza dell'art. 40 TUE.

[45] Art. 24, par. 1, TUE.

[46] V. nota n. 21. Esistono in dottrina tentativi di "mappatura" degli obiettivi elencati nell'art. 21, par. 2, TUE: L. LONARDO, *Common Foreign and Security Policy and the EU's external action objectives: an analysis of Article 21 of the Treaty on the European Union*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 3/2018, p. 1 ss.

[47] C. giust. CE, 26 marzo 1987, C-45/87, *Commissione c. Consiglio*, par. 11.

[48] C. giust. CE, 11 giugno 1991, C-300/89, *Commissione c. Consiglio* (*Biossido di titanio*), par. 10.

[49] L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, IX ed., Milano, 2024, p. 125.

[50] V. C. giust. UE, 3 dicembre 1996, C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*.

[51] M. CREMONA, *Balancing Union and Member State interests: Opinion 1/2008, choice of legal base and the common commercial policy under the treaty of Lisbon*, in *Eur. Law Rev.*, 5/2010, p. 678 ss.

[52] V. SZÉP - L. SCHAUPP, *Energy sanctions reloaded*, 25 June 2025, disponibile su *www.verfassungsblog.de*.

© Wolters Kluwer Italia

realtà le restrizioni di cui al Capo II della proposta rappresentano il cuore della stessa e consistono in sanzioni. Purtuttavia, va ricordato come sebbene l'art. 275 TFUE conferisca alla Corte il potere di garantire il rispetto dell'art. 40 TUE, la sua giurisprudenza denoti una notevole refrattarietà di quest'ultima dal basarsi su tale disposizione nelle pronunce in casi di contestazione di misure [53].

5. Considerazioni conclusive

Consapevoli della frammentarietà delle loro politiche in materia di sanzioni, gli Stati membri scelsero dagli anni '80 la via della CE bersagliando un membro permanente ONU, l'URSS, con sanzioni autonome europee grazie al quadro della PCC [54].

Decenni dopo, la guerra in Ucraina ha impresso un impulso alla trasformazione in ambiti emergenziali e in settori ordinari del diritto europeo. Dapprima, sprovviste dei mezzi e delle risorse degli Stati membri, le istituzioni hanno piegato disposizioni e stabilito nuove prassi mediante un allineamento politico eccezionale in seno al Consiglio, provando come il processo decisionale "*governs the direction and speed of integration*" [55]. Ora che tale consenso è in calo, d'altra parte, invocare norme desuete [56] o forzare la lettera dei Trattati appaiono espedienti inidonei a garantire risultati duraturi ed efficaci: la scelta di sanzionare mediante una misura PCC appare rientrare in questa categoria di azioni.

In conclusione, la perdita di controllo degli Stati membri insita nel superamento dell'unanimità tocca nel profondo la questione della sovranità individuale di ciascuno, tanto nella PESC quanto, ad esempio, nella politica di allargamento dell'Unione. Per certe modifiche strutturali, la strada migliore rimane quella prevista dai Trattati, ovvero una loro revisione. Nell'attuale contesto, riconoscere e rispettare i limiti e le regole del diritto dell'Unione in un'area delicata quale è la PESC rappresenta il primo passo per rispondere ad un abuso delle sue regole procedurali.

---

[53] *Ex multis*, C. giust. UE, 24 giugno 2014, C-658/11, *Pirati I*, dove la Corte non ha nemmeno menzionato l'art. 40 TUE nella sua analisi, limitandosi ad un'applicazione della verifica del centro di gravità.

[54] V. nota 16.

[55] Y. Miadzvetskaya, *Op. cit*., p. 2.

[56] Prima della guerra, l'art. 31, par. 2, è stato invocato una volta.

© Wolters Kluwer Italia

APPENDICE

ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
A.A. 2024/2025

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, *Seminario sui Paesi sicuri dalla decisione della CGUE a quella del Tribunale di Roma*.

Dott.ssa Federica Palomba, Dott. Gabriele Dammicco, *Il Codice dei contratti pubblici a un anno dalla sua approvazione: la giurisprudenza e il nuovo correttivo.*

Prof.ssa Alessia Vignoli, Prof. Pier Luca Cardella, Avv. Marco Di Siena, *Dimensioni d'impresa e affidabilità nella determinazione degli imponibili fiscali.*

Prof. Raffaello Lupi, Prof. Andrea Sereni, Avv. Simone Faiella, Dott. Carlo Longari, *Tavola rotonda. L'abuso d'ufficio: ricostruzioni teoriche e azioni giuridiche.*

Prof. Carlo Pisani, *Il benessere organizzativo.*

Prof. Luigi Daniele, Dott.ssa Maria Patrin, *La "nuova" Commissione europea: è sempre la stessa "storia"?*

Dott.ssa Chiara Venturini, Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. *Brevi considerazioni.*

Prof. Luigi Daniele, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Fulvio Maria Palombino, *Tavola rotonda. Indagini e prospettive di diritto interno, europeo e internazionale sugli attuali conflitti bellici.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato e Componenti del laboratorio di ricerca

© Wolters Kluwer Italia

"*E-G-S-C-Interactivity*", *Diritto e Nuove Tecnologie: ideare e implementare un'*app.

Prof. Agata Cecilia Amato, Prof. Stamatios Tzitzis, Prof. Stéphane Bauzon, Prof. Guido Saraceni, Prof. Vincenzo Baldini, *Riflessioni su Diritto, Diritti e Politica. Presentazione del libro "Michel Villey à l'aune de la modernité" a cura di S. Tzitzis e T. Siret.*

Prof.ssa Angela Aparisi Miralles, Prof. Jesús Ballesteros Llompart, Prof. Rafael Santa María D'angelo, Prof. Guido Saraceni, *Cerimonia di presentazione del 91° numero della rivista "*Persona y Derecho*" in omaggio al Professor Francesco D'Agostino.*

Prof. Alessandro Dani, Dott.ssa Fiammetta Nanni, *La tutela dell'ambiente in una prospettiva storico giuridica di lunga durata: dall'età tardo-antica all'età moderna.*

Prof.ssa Federica Mucci, Dott.ssa Luigia Bersani, *La difficile protezione internazionale dei siti della memoria associati ai recenti conflitti nell'ambito della convenzione UNESCO sul patrimonio mondiale culturale e naturale*.

Prof. Persio Tincani, Dott.ssa Cristina Colombo, Dott. Luigi Prosia, *Il principio del danno nel diritto penale.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Dott.ssa Luisa Lodevole, Dott. Ercole De Luca, Dott. Federico Boschi, Dott. Jacopo Monzini, *Il nuovo Regolamento europeo sul mercato dell'energia elettrica e i principi di flessibilità dei consumi e stabilità delle reti: da infrastrutture tecnologiche a elementi di* legal design.

Dott. Carlo Longari, Dott.ssa Cristina Colombo, *I maltrattamenti come "abitudine familiare".*

Prof.ssa Alessia Vignoli, Prof.ssa Valeria Mastroiacovo, *Diritto tributario e* technological management*: prospettive di un sistema strutturalmente intricato.*

Prof.ssa Encarnaciòn Fernàndez Ruiz-Gàlvez, Prof. Fernando Rister De Sousa Lima, Prof. Guido Saraceni, *La salud como capacidad global y el reto de la equidad.*

© Wolters Kluwer Italia

Prof. Alessandro Dani, Dott.ssa Fiammetta Nanni, *Alle origini del diritto ambientale nel Novecento.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Guido Saraceni, Prof. Fernando Rister De Sousa Lima, *Costituzionalismo digitale: il nuovo patto delle piattaforme?*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Dott.ssa Giovanna Bellitti, Dott. Massimo Fedeli, Prof. Carlo Pisani, Dott.ssa Melania Carteri, *Nuovi paradigmi. Aspetti giuridici e metodologici: impatti su risorse umane e processi. Presentazione del volume "Digitalizzazione, interoperabilità e intelligenza artificiale. Diritto delle nuove tecnologie".*

Prof. Vasco Pereira Da Silva, Prof. Luigi Daniele, Prof. Stelio Mangiameli, *Il futuro costituzionale dell'Europa: spunti e prospettive.*

Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Alessia Vignoli, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, *Indipendenza del giudice e separazione delle carriere.*

Prof. Raffaello Lupi, Prof. Carlo Pisani, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, Dott. Carlo Longari, Dott.ssa Sara Ammar, Dott. Matteo Cecilia, Dott.ssa Giulia Cicolella, Dott.ssa Arianna Giacchino, Dott.ssa Oriana Lombardi, Dott. Luca Panico, *Indipendenza del giudice e separazione delle carriere. Parte II.*

Prof. Nino Paolantonio, Prof. Alberto Zito, Cons. Giovanni Tulumello, *Dal principio del risultato alla legalità sostanziale.*

Prof. Vincenzo Baldini, Dott.ssa Gemma Alberico, Dott.ssa Maria Cristina Carbone, Dott.ssa Susanna De Stefani, *Libertà di manifestazione del pensiero e fake news.*

Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Alessia Vignoli, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, Dott. Matteo Cecilia, Dott.ssa Caterina Tarquini, *Presentazione del V volume dei Quaderni del Dottorato di Diritto pubblico: "Giustizia e Potere(i). Riflessioni sull'indipendenza del giudice".*

Dott. Pierluigi Simone, Dott. Emilio Adamo, *Violenza contro le donne e violenza domestica. La Convenzione di Istanbul nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Dott. Luigi Montuori, Prof. Carlo Tomino, Prof. Vincenzo Ricciuto,

© Wolters Kluwer Italia

Prof.ssa Carla Solinas, Dott. Gianluca Fasano, *Trattamento dati, ricerca scientifica e nuove regole deontologiche. Il ruolo del consenso: libero, specifico, inequivocabile e informato.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Carlo Cappa, Prof. Stéphane Bauzon, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, Dott.ssa Luna Lizzi, Dott.ssa Caterina Tarquini, Dott.ssa Marika Vadini, *Università come istituzione: ideali e normative. Presentazione del volume "Quale identità di genere?"*.

ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
A.A. 2025/2026 (PRIMO BIMESTRE)

Prof. Venerando Marano, Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Carlo Bonzano, Prof. Pierpaolo Dell'Anno, *Cultura, Democrazia, Repubblica.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Riccardo Cardilli, Prof.ssa Roberta Marini, Prof. Massimo Papa, *Cultura, Democrazia, Repubblica. Parte II.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Alessandro Dani, Prof.ssa Federica Mucci, *S/Oggetti, Diritti, Doveri.*

Prof. Alessandro Dani, Prof.ssa Federica Mucci, Dott.ssa Ambra Camilleri, Dott. Lorenzo Corda, Dott.ssa Fiammetta Nanni, *S/Oggetti, Diritti, Doveri. Parte II.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof.ssa Michela Michetti, Prof.ssa Maurizia De Bellis, Prof.ssa Maria Novella Campagnoli, Prof. Massimo Farina, *Città, inclusione, tecnologie.*

Prof.ssa Agata Cecilia Amato – nell'ambito *dell'Intensive Course at Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* –, "*New Technologies, Law, Rights*", *Città, Inclusione, Tecnologie. Parte II.*

Prof. Andrea Buratti, Prof. Pasquale Passalacqua, Prof.ssa Cristina Schepisi, *La sentenza (causa C-19/23) della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla direttiva UE 2022/2041 sul salario minimo.*

© Wolters Kluwer Italia

Dott.ssa Giovanna Bellitti, Dott. Massimo Fedeli, Dott. Paolo Weber, Prof. Carlo Pisani, Dott.ssa Melania Carteri, *Lavoro, Istituzioni, Formazione.*

Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Alessandro Dani, *La protezione della diversità culturale e della diversità biologica nella società globale.*

Prof. Raffaello Lupi, Dott. Claudio Carpentieri, *Impresa, Evasione, Imposte, Servizi.*

Dott. Pierluigi Simone, Dott. Riccardo Di Marco, *Unione, Cooperazione, Territori. Focus sul Consiglio europeo.*

© Wolters Kluwer Italia

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO

1. Scritti in memoria di Pietro Gismondi - Vol. I (1987) - Vol. II (1991) - Vol. III (1988).
2. Leanza U. (a cura di), *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo* (1987).
3. Leanza U. (a cura di), *Costituzione dello Stato e norme internazionali* (1988).
4. Pezzini B., *Il Bundesrat della Germania Federale* (1990).
5. Lillo P., *Concordato, «accordi» e «intese» tra lo Stato e la Chiesa cattolica* (1990).
6. Lillo P., *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio"* (1992).
7. Mangiameli S., *Le materie di competenza regionale* (1992).

SEZIONE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

1. Carratta A., *Il principio della non contestazione nel processo civile* (1995).
2. Lener R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario* (1996).
3. Massa Felsani F., *Contributo all'analisi del know-how* (1997).
4. Figà-Talamanca G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale* (1997).
5. Morace Pinelli A., *La crisi coniugale tra separazione e divorzio* (2001).

SEZIONE DI STORIA E TEORIA DEL DIRITTO

1. Cardilli R., *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (Il sec. a.C. -Il sec. d.C.)* (1995).
2. Petrucci A., *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto* (1996).
3. Bauzon S., *Il mestiere del giurista.* Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey (2001).
4. Saccoccio A., *Si certum petetur.* Dalla *condictio* dei *veteres* alle *condictiones* giustinianee (2002).
5. Vinci M., *Fines regere.* Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano (2004).
6. Bianchi P., *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia* (2007).
7. Zhang L., *Contratti innominati nel diritto romano.* Impostazioni di Labeone e di Aristone (2007).

8. Calore E., *Actio quod metus causa.* Tutela della vittima e azione *in rem scripta* (2011).

NUOVA SERIE

1. *I mercati monetari finanziari in Italia fra internazionalizzazione e controllo*, a cura di Enzo Rossi (1998).
2. Rota R., *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione* (1998).
3. *Scritti in onore di Serio Galeotti* - Tomo I-II (1998).
4. Morozzo Della Rocca P., *Gratuità, liberalità e solidarietà.* Contributo allo studio della prestazione non onerosa (1998).
5. Xerri Salamone A., *L'ordinamento giuridico dei porti italiani* (1998).
6. *La legge sul procedimento amministrativo*. Legge 7 agosto 1990 n. 241 - Prospettive di alcuni istituti, a cura di Francesco Paolo Pugliese (1999).
7. Masini S., *Ambiente, agricoltura e governo del territorio*. Contributo ad uno studio sulla riforma delle autonomie locali (2000).
8. Giacobbe E., *Brokeraggio e tipo contrattuale* (2001).
9. *Il corpo de-formato*. Nuovi percorsi dell'identità personale, a cura di Francesco D'Agostino (2002).
10. Rossi R., *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria (2003).
11. Semeraro M., *Il tribunale del Santo Officio di Oria*. Inediti processi per la storia dell'Inquisizione in età moderna (2003).
12. Tucci A., *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*. L'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle *public companies* nordamericane (2003).
13. Morace Pinelli A., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori* (2003).
14. Arru D., *Il concordato italiano del 1803* (2003).
15. Tarullo S., *Il giusto processo amministrativo*. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale neila prospettiva europea (2004).
16. *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano, a cura di Francesco D'Agostino (2003).
17. Iurilli C., *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo* (2004).
18. Scognamiglio A., *Il diritto di difesa nel procedimenio amministrativo* (2004).
19. Masini S., *La piccola impresa agricola* (2004).
20. Saraceni E. G., *L'autorità ragionevole*. Premesse per uno studio del diritto canonico amministrativo secondo il principio di ragionevolezza (2004).
21. Tzitzis S., *La vittima e il carnefice*. Lezioni romane di filosofia del dirit-

to, a cura di Francesco D'Agostino e Fabio Macioce. Traduzione di Fabio Macioce (2004).

22. Scacchi A., *La proprietà temporanea* (2005).
23 Lanni S., *America latina e tutela del consumatore*. Le prospettive del mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto (2005).
24. Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici* (2006).
25. Nardi S., *Frode alla legge e collegamento negoziate* (2006).
26. Gambino G., *Le unioni omosessuali*. Un problema di filosofia del diritto (2007).
27. Morace Pinelli A., *Atti di destinazione,* trust *e responsabilità del debitore* (2007).
28. *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*. Atti del Convegno di Studi - Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006, a cura di Aristide Police (2008).
29. Caprioli S., *Codice civile*. Struttura e vicende (2008).
30. Bellante M., *La caparra* (2008).
31. Scoca S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali* (2008).
32. *Darwinismo e problemi di giustizia*, a cura di Francesco D'Agostino (2008).
33. Cataudella M. C., *Contratto di lavoro e nullità parziale* (2008).
34. Votrico A., *Uccidersi per uccidere. Il suicidio per vendetta* (2009).
35. Fioravanti M., *Le potestà normative del Governo*. Dalla Francia *d'ancien régime* all'Italia liberale (2009).
36. Franza G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento* (2010).
37. Sangermano F., *Presupposizione e causa nel negozio testamentario* (2011).
38. *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di Antonio D'Atena (2012).
39. Arru D., *La legislazione della Repubblica romana del 1849 in materia ecclesiastica*. Prefazione di Mauro Ferri - Presidente Emerito della Corte Costituzionale (2012).
40. Roiati A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*. Tra teoria e prassi giurisprudenziale (2012).
41. Chizzola F., *La relazione umana alla luce della differenza sessuale* (2012).
42. Sirgiovanni B., *Prefazione legale e acquisto della proprietà* (2012).
43. Gabrielli E., *"Operazione economica" e teoria del contratto. Studi* (2013).
44. Iurilli C., *Interessi superindividuali e danno collettivo* (2016).
45. Grisafi R., *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione* (2016).

46. Massella Ducci Teri N., *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso* (2016).

TERZA SERIE (Wolters Kluwer)

1. Mancinetti G., *L'emersione dei doveri «accessori» nella* 'locatio conductio' (2017).
2. Marini R., *Contrarius consensus* (2017).
3. Sirgiovanni B., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento* (2019).
4. Corapi E. e Lener R. (a cura di), *I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive* (2019).
5. Leonardi F., *Comportamento omissivo dell'impresa e pratiche commerciali scorrette* (2019).
6. Gabrielli E., *L'autonomia privata vol. 1. Dal contratto alla crisi d'impresa* (2019).
7. Iurilli C., *I contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco* (2020).
8. Madia N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli puntivi nel contesto di uno sguardo d'insieme* (2020).
9. Vignoli A., *La giurisdizione nella funzione tributaria* (2020).
10. Longari C., *Soglie di punibilità e diritto penale tributario* (2020).
11. Rossi M., *Pagamenti intermediati e disciplina concorsuale* (2020).
12. Gabrielli E., *L'autonomia privata vol. 2. Teoria del contratto e diritto comparato* (2021).
13. Ricciuto V. e Solinas C., *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale* (2022).
14. Iurilli C., *Mutui e nullità di scopo* (2022).
15. Longari C., *«Esiguità dell'offesa» vs. «colpa di organizzazione» nella responsabilità da reato degli enti. Tra interpretazione analogica e sistematica* (2022).
16. Lattanzi S., *I 'travaux préparatoires' del diritto dell'Unione europea: tassonomia, ruolo e funzioni* (2022).
17. Colombo C., *Il bullismo, un terreno di verifica per la devianza minorile* (2023).
18. Corapi E. (a cura di), *Sostenibilità e mercato finanziario. Questioni aperte e profili comparati* (2023).
19. Santoni G., *La piattaforma* online *e l'illecito civile dell'utente: dalla gatekeeper liability alla regolazione degli algoritmi* (2024).
20. Gabrielli E., *L'autonomia privata vol. 3. Il diritto della giurisprudenza e della dottrina* (2024).
21. Daniele L. - Simone P. - Venturini C. - Di Marco R. (a cura di), *L'Unio-*

ne europea e le crisi del mondo contemporaneo. Tra "valorizzazione" delle competenze e prospettive di riforma (2025).

22. Rizzi A., *La clausola. Saggio di teoria generale del contratto* (2025).

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

1. *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, a cura di Luigi Daniele e Andrea Buratti (2019).
2. *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, a cura di Aristide Police e Cristiano Cupelli (2020).
3. *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future*, a cura di Donatella Morana e Stefania Mabellini (2022).
4. *Il ritorno dello Stato. Spunti giuridici per un rapporto equilibrato tra mercato e intervento pubblico*, a cura di Raffaello Lupi e Marco Fioravanti (2023).
5. *Giustizia e Potere(i). Riflessioni sull'indipendenza del giudice*, a cura di Luigi Daniele, Alessia Vignoli e Maria Novella Campagnoli (2024).
6. *Nuove tecnologie e diritto. Opportunità e rischi per la società del XXI secolo*, a cura di Agata C. Amato Mangiameli, Pierluigi Simone e Chiara Venturini (2025).
7. *Fondamenti e verifica di norme e istituti. Tra tradizione giuridica e innovazione*, a cura di Alessandro Dani e Luigi Prosia (2026).