Università
degli Studi
della Campania
Luigi Vanvitelli

ANNALI

del Dipartimento di Scienze Politiche

2023

Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*
Dipartimento di Scienze Politiche

ANNALI

2023

Direzione

Antimo Cesaro
Francesco Eriberto d'Ippolito

Comitato di direzione

Olivier Butzbach
Elvira Falivene
Fortunato Gambardella
Carmen Saggiomo
Antonio Tisci

Comitato scientifico

Domenico Amirante
Ida Caracciolo
Enrica Carbone
Francesca Carimini
Antimo Cesaro
Giuseppe Cirillo
Francesco Eriberto d'Ippolito
Gianpaolo Ferraioli
Diego Giannone
Alberto Incollingo
Maria Cristina Ivaldi
Gennaro Rotondo
Vincenzo Pepe
Gian Maria Piccinelli
Domenico Sarno
Antonio Sciaudone

Comitato di redazione

Responsabile: Elvira Falivene

Micaela Di Giorgio
Francesco Gaudiosi
Federica Giaccio
Giuseppe Guarino
Giuseppe Mascheretti
Bruno Picierno
Mario Rafaniello
Chiara Sargiotta
Gioia Scala
Rosa Schioppa

Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi della Campania
Luigi Vanvitelli

ANNALI
2023

Edizioni Scientifiche Italiane

Annali del Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, 2023
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2023
pp. 522; 24 cm
ISBN 978-88-495-5539-4

© 2023 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

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, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

Saggi

Francesca Carimini
Libertà religiosa e identità della persona: il caso della donna velata 13

Mariarosaria Colucciello e Angela Sagnella
Para un léxico de la emigración en Allende el mar *de Óscar Osorio* 27

Fortunato Gambardella
Prevenzione sanitaria collettiva e livelli essenziali di assistenza. Le criticità del nuovo sistema di monitoraggio nella prospettiva del modello della stewardship 39

Francesco Gaudiosi
In tempestate securitas*: il riassetto sistemico della NATO attraverso il Concetto strategico del 2022* 55

Giuseppe Guarino
Le reazioni degli Stati Uniti allo scoppio della crisi d'Ungheria del 1956: il fallimento del roll back *di fronte alla rivolta contro l'Unione Sovietica* 71

Maria Cristina Ivaldi
A proposito della interpretazione estensiva della legge sul divieto dei simboli religiosi nella scuola in Francia 91

Roberto Ricciardelli
Cinque anni di attività per la Consulta di garanzia statutaria della Regione Campania: un primo bilancio 107

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Gennaro Rotondo
Interpretazione evolutiva e approccio consumeristico nel raffronto tra le normative in tema di ius variandi: il caso dei servizi di pagamento 119

Raffaello Santagata de Castro
"Tempo scelto" ed esigenze personali di cura e di assistenza: Italia e Germania a confronto 135

Contributi

Cinzia Cilento
Mujeres y política: la participación femenina en México 161

Micaela Di Giorgio
La giustizia al tempo degli algoritmi. Il difficile connubio tra uomo e macchina 179

Carmen Fiore
Il consumatore nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza 199

Federica Giaccio
Lo Spazio europeo: ESA ed EUSPA, strategie astropolitiche per l'Europa 213

Valentina Marano
Il codice dei contratti pubblici in Italia: una sfida per gli operatori economici. Dal d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023 227

Salvatore Mancino
Procreazione medicalmente assistita: si può esser costretti a diventare padre? 237

Lilly Mingione
Il danno ambientale tra disciplina vigente e nuove prospettive rimediali: un confronto tra Francia e Italia 253

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Giovanni Luca Montesarchio
La cooperazione di credito: aspetti storico-evolutivi e regolamentari 267

Carla Mugione
Il credito cooperativo: un modello ancora attuale per il sistema bancario 279

Miriam Olivieri
Le sfide del regionalismo latino-americano. Uno sguardo al Venezuela da Hugo Chávez a Nicolás Maduro 295

Bruno Picierno
La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e le incognite del metaverso 311

Mario Rafaniello
Il made in Italy *agroalimentare nel mercato giapponese tra potenzialità e limiti* 327

Diana Roa
Colombia, un país sin garantías para la defensa de los derechos y liderazgos sociales 345

Angela Rombiolo
Finanza decentralizzata e criptoattività. Evoluzione digitale e incertezze regolamentari 365

Gioia Scala
Il racconto marocchino in lingua spagnola: dalla tradizione orale al genere letterario 383

In fieri

Cristiana Colacicco
Mercato Unico Digitale e tutela dei diritti 397

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Enzo Costagliola
La conciliazione giudiziale tributaria: lineamenti evolutivi e principi sistematici 413

Dario Odierna
Lo sviluppo sostenibile e la Stakeholder Theory 425

Edoardo Trotta
Quali alternative? La questione di fiducia alla luce dell'operato degli organi di garanzia e della responsabilità politica 441

Riccardo Volpe
Il sistema del diritto penale nell'Italia fascista 455

Note, recensioni ed eventi

Valeria Russo
Corti e aristocrazie nel regno di Napoli nella tarda età moderna. Siti reali dei Borboni di Napoli: prospettive storiografiche 475

Enzo Perretta
Innovazione tecnologica, digitalizzazione e governo del territorio, a Scienze politiche parte il Master di II livello in Pubblica Amministrazione 479

Micaela Di Giorgio
Lectio Magistralis *del Professor Luigi Lacchè. Costituzione e Amministrazione in Italia tra Otto e Novecento* 481

Rosa Schioppa
Accordo di Cooperazione Internazionale tra l'Universidad Católica de Colombia e l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli 485

Mario Rafaniello
"Rosso di sera. Quando c'era Berlinguer" di Gianni Solino. Presentazione del libro e incontro con l'autore al Dipartimento di Scienze Politiche 487

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Enzo Perretta
Limitazioni della libertà personale e strumenti di protezione dei diritti umani: al via un percorso formativo al Dipartimento di Scienze politiche di Caserta in collaborazione con l'Autorità Garante dei detenuti ed il Provveditorato dell'Amministrazione penitenziaria per la Regione Campania 489

Chiara Pizi
Il Dipartimento di Scienze Politiche si conferma un'eccellenza dell'internazionalizzazione: professori ed esperti a confronto 491

Stefano d'Albenzio
Economia digital *e* implantaciòn *del principio* de tributaciòn en destino en el IVA. Problemas y propuesta para solucionarlos 493

Francesco Gaudiosi
L'impatto delle migrazioni sul diritto: prospettive internazionali e comparate, Colloquio mediterraneo di diritto comparato e internazionale 497

Federica Giaccio e Giuseppe Guarino
"Nel mondo grande e terribile": Gramsci e le relazioni internazionali 499

Chiara Sargiotta
L'impatto della tecnocrazia sulla decisione politica. Nota sul Convegno "Tecnocrazia e politica" 507

Enzo Perretta
Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione: all'Università Vanvitelli seminario per amministratori locali con la consigliera dell'Autorità Anticorruzione, Del Balzo, ed il presidente di Anci Campania, Marino 511

Ludovica Russo
Convegno "Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore": un'indagine interdisciplinare 513

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Mario Donatiello, Mario Rafaniello e Bruno Picierno
Giornata di studio del Dipartimento di Scienze Politiche presso le Catacombe di San Gennaro 515

ISBN 978-88-495-5539-4
© Edizioni Scientifiche Italiane

Saggi

Francesca Carimini

Libertà religiosa e identità della persona: il caso della donna velata

Sommario: 1. Il velo islamico: significato simbolico e ontologico. – 2. Ostentazione di simboli religiosi e il problema dei limiti. La religione come identità. – 3. Divieto del velo nel panorama legislativo europeo e nella giurisprudenza delle Corti. – 4. Identità personale, libertà di religione, pluralismo culturale.

1. *Il velo islamico: significato simbolico e ontologico*

Il rinnovato interesse e la precisa attualità delle tematiche religiose, che vedono sullo sfondo i rapporti tra lo Stato e la Chiesa da un lato, e il principio di laicità dall'altro, suggeriscono qualche riflessione sul dibattito, mai sopito, relativo alla tollerabilità dell'usanza di portare il velo da parte delle donne islamiche che dimorano nel nostro continente. Senza cadere nelle classiche generalizzazioni volte a stigmatizzare il mondo islamico attraverso la meccanica riproduzione di immagini paradigmatiche e di stereotipi cristallizzati[1], pare,

[1] V., in proposito, N. Fiorita, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in *www.statoechiese.it*, 2008, p. 2 ss., secondo il quale a fronte di una produzione scientifica massiccia, ricca di ricostruzioni approfondite e di spunti pregevoli (si rinvia, *ex multis*, a G. Cerina Feroni, Devolution *e diritti fondamentali: il caso della libertà di religione. L'esperienza costituzionale tedesca*, *in Diritto Pubblico*, 2/2007, p. 607 ss.; C. Cianitto, *L'abbigliamento islamico nelle scuole della Gran Bretagna*, in *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, p. 335 ss.; A. De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro*, Roma, 2007, I. Dominijanni, *Corpo e laicità: il caso della legge sul velo*, in Aa.Vv., *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, p. 165 ss.; A. Ferrari, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio millennio*, in E. Dieni, A. Ferrari e V. Pacillo, Bologna, 2005, p. 193 ss.; C. Laborde, *Velo islamico e stato laico. Un argomento secolarista a favore del divieto di simboli religiosi nelle scuole,* in *Politeia*, 2007, n. 87, p. 55 ss.; J. Luther,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tuttavia, non possa essere sottaciuta la circostanza che in taluni Paesi musulmani il velo è il simbolo di una tradizione culturale, strettamente intrecciata all'elemento religioso, volta, non di rado, a significare la subordinazione della donna all'uomo, nonché la sua esclusione dalla sfera pubblica attraverso la negazione del suo volto, oltre al controllo della sua sessualità attraverso la mortificazione della sua bellezza.

L'espressione "velo islamico" è inclusiva di entità plurime, diverse tra di loro sotto il profilo sia ontologico, sia simbolico. Se, nella lingua araba e nel senso più comune, il velo è indicato col termine *hijab*[2], va tuttavia precisato che del medesimo esistono vari modelli, che, a seconda dei casi, celano la testa, il volto o il corpo della donna. Tra questi, l'*hijab* è un ampio foulard che nasconde orecchie, nuca e capelli; diversamente il *chador* – tipico dell'Iran sciita, di colore nero e che ricopre il capo e le spalle arrivando fino a terra – viene portato chiuso sotto il mento in modo da incorniciare il volto; ancora il

Il velo scoperto dalla legge: profili di giurisprudenza costituzionale comparata, in S. Ferrari (a cura di), *Islam ed Europa*, Roma, 2006, p. 63 ss.), non sempre si è dedicata la giusta attenzione alle prescrizioni interne, ovvero alle regole elaborate dal diritto islamico su cui si fonda, o si fonderebbe, la tradizione di imporre alle donne l'uso del velo, attraverso uno sforzo finalizzato a conseguire l'adeguata conoscenza dell'altro. In questo caso, il riferimento al dettato coranico rivela che il testo sacro impone alle donne (ma anche agli uomini) solo un abbigliamento pudico ed un generico velo, senza peraltro prevedere alcuna sanzione nel caso di trasgressione dell'obbligo. I due versetti più noti si limitano a recitare: «E dì alle credenti che abbassino lo sguardo e custodiscano le loro vergogne e non mostrino troppo le loro parti belle … e si coprano i seni d'un velo e non mostrino le loro parti belle altro che ai loro mariti, ai lori padri …»; e poi «O profeta, dì alle tue figlie e alle donne dei credenti che si ricoprano dei loro mantelli …». Né la questione cambia se allarghiamo lo sguardo fino alla seconda delle fonti di produzione del diritto islamico, ovvero alla *Sunnah*, perché anche in questo caso non è dato rintracciare, almeno nelle collezioni più autorevoli e più note di *hadith*, alcun riferimento specifico al velo che copre il volto delle donne.

[2] *Hijad*, parola che in arabo significa letteralmente "tenda" o "copertura", è vocabolo andato a definire in senso lato il velo della donna musulmana e l'abbigliamento di donna *muhijaba* (donna coperta), nel senso di persona pudica, riservata, modesta, così da riuscire a difendersi dal desiderio sessuale incontrollabile del maschio. Ma la parola ha anche un altro significato metafisico, sta ad indicare una barriera che separa gli esseri umani-il mondo da Dio. La parola e la cosa sono da collocarsi nella geo/storia dei popoli musulmani, e per decifrarne i significati vanno dunque contestualizzate e liberate da stereotipi e torsioni interpretative che associano meccanicamente al velo imposizioni, divieti, interdizioni e violenze.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

niqab, indumento tipico dell'Arabia Saudita, è un velo, anch'esso solitamente nero, che copre il viso, lasciando scoperti esclusivamente gli occhi; da ultimo il *burqa*, indossato in prevalenza dalle donne afgane e pachistane, copre l'intera figura ed è dotato di un tessuto traforato all'altezza del viso per consentire, a chi lo indossa, di vedere.

La genericità delle prescrizioni del Corano ha determinato un duplice ordine di effetti: da un lato la sedimentazione di tradizioni di segno diverso da Paese a Paese, assumendo il velo, come si è detto, dimensioni, scopi e denominazioni differenti; dall'altro reazioni diversificate rispetto all'imposizione stessa del velo, che in alcuni Stati, quali l'Iran, rappresenta un comando imperativo la cui trasgressione è punita con sanzioni severissime, mentre in altri, si pensi all'Egitto, o ancora alla Tunisia, esso viene sostanzialmente ritenuto una mera pratica tradizionale seppure lecita, tuttavia non obbligatoria ed in ogni caso priva di qualsivoglia fondamento religioso.

2. *Ostentazione di simboli religiosi e il problema dei limiti. La religione come identità*

La questione del velo islamico in Europa appare una delle più controverse dei nostri tempi, poiché da simbolo di sottomissione e di valori retrogradi, fortemente estranei al mondo occidentale ad emblema di purezza e di spiritualità, essa ha assunto nel corso del tempo una sì vasta gamma di significati che, assai spesso opposti, si contraddicono l'un l'altro: emancipazione e arretratezza, integrazione e alienazione, tradizione e modernità, hanno chiamato in causa leggi e proibizioni, movimenti femministi e battaglie culturali, che ciclicamente calcano il palcoscenico politico e sociale. Tutto ciò, non di rado, origina pure dalla profonda intolleranza che pervade il nostro continente anche a causa della presunta invasione (barbara e incivile, che metterebbe in pericolo la nostra identità) di migliaia di profughi e migranti che "bussano alla porta" di una società apparentemente opulenta e priva dei problemi economici dei Paesi d'origine[3]. Fra questi simboli, «anche alla luce degli accadimenti di matrice terroristica,

[3] Così, F.R. Regasto, *Il velo (islamico) tra pregiudizio e realtà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 6.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

la questione delle donne velate è tornata prepotentemente alla ribalta. Il velo, oggi, appare ai più non solo come un intollerabile simbolo di diseguaglianza di genere, inaccettabile per Paesi che si dicono fondati sul principio della parità di genere, ma rappresenterebbe una seria minaccia per la laicità e la secolarizzazione. La donna velata, dunque, sarebbe contemporaneamente un soggetto oppresso e complice dei suoi oppressori, una vera e propria sfida all'ordine costituito»[4].

È pur vero che l'utilizzo del velo, al netto delle disquisizioni sulla sua *ratio* fondativa, reca in sé attitudine a generare inquietudini e preoccupazioni legate ad eventuali possibili problemi di sicurezza; di qui il dilemma sulla tollerabilità o no nei riguardi di chi renda impossibile o difficoltoso il proprio riconoscimento in un luogo pubblico o aperto al pubblico senza un giustificato motivo che non sia quello dell'affiliazione al proprio credo religioso. Secondo un certo orientamento, la suddetta circostanza è sufficiente a rappresentare una (più che) valevole causa giustificativa della previsione di un divieto *ad hoc*, sulla base della assoluta incompatibilità delle suddette esternazioni e/o pratiche – figlie di tradizioni avulse dal nostro contesto socio-culturale – rispetto a comprovate esigenze di ordine pubblico.

Il problema, invero, è dunque quello di individuare quali siano in concreto le misure attraverso le quali porre dei limiti rispetto all'ostentazione di simboli religiosi; limiti che, com'è ovvio, non possono che trovare il proprio basamento sulla tutela della sicurezza, sulla salute e morale pubbliche, sulla protezione dei diritti e libertà altrui, poiché qualsivoglia deroga non giustificata, oltre a porsi in contrasto con valori fondamentali quali la democrazia, il pluralismo e la tolleranza, comporterebbe effetti discriminatori e sproporzionati, incidendo a cascata su tutta una serie di altri diritti fondamentali dei portatori dei simboli, quali la libertà di espressione, la libera circolazione, l'accesso al lavoro e il mantenimento dell'occupazione, l'accesso all'istruzione, il diritto alla salute, il rispetto della vita privata e familiare[5]. D'altra parte, è stato evidenziato che la intima natura

[4] Testualmente, F.R. Regasto, *Il velo (islamico) tra pregiudizio e realtà*, cit., p. 6.

[5] V., in proposito, P. Puoti, *Divieto di velo integrale e protezione dei diritti e libertà altrui*, in *www.federalismi.it*, 2023, p. 86, la quale rileva che le restrizioni, quando non fondate su giustificati motivi oggettivi, si pongono in aperto contrasto con l'universalità, indivisibilità, interdipendenza e interconnessione di tutti i diritti umani

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

della libertà religiosa risieda proprio negli aspetti di riconoscimento di identità dell'individuo e del suo *modus vivendi*, piuttosto che nella sua considerazione come credenza; in altri termini la religione come entità, di là dal profilo teleologico, valorizza storie, culture, etnie e tradizioni condivise[6]. Ne consegue dunque l'opportunità di spostare l'attenzione dai rapporti tra Stato e confessioni religiose al fatto storico della discriminazione posta in essere attraverso la previsione di misure restrittive nei confronti di soggetti che professano un determinato credo. Secondo la prospettiva indicata, allora, si tratta di appurare quante volte l'ingerenza dello Stato nella sfera privata dell'individuo sia da considerare un mero atto di persecuzione con il precipuo fine di arbitrarie discriminazioni, impedendo alla persona di costruire la propria identità e quante volte invece sia (l'unico possibile) rimedio necessario a salvaguardia della incolumità, della sicurezza e della libertà dei consociati.

3. *Divieto del velo nel panorama legislativo europeo e nella giurisprudenza delle Corti*

Dall'osservazione delle normative di ciascuno Stato emerge una significativa disomogeneità del panorama legislativo europeo.

In Francia, che è il Paese che più direttamente si è interessato della questione, due diversi interventi legislativi, rispettivamente la l. n. 228 del 2004 e la l. n. 1192 del 2011, hanno disciplinato l'uso pubblico di simboli religiosi: il primo provvedimento, in ossequio al principio della laicità dello Stato (in ipotesi della scuola pubblica), ha vietato l'ostentazione in pubblico di tutti i simboli religiosi di particolare visibilità[7]; l'altro, invocando ragioni di sicurezza e ordine pubblico, di

[6] Così, P. Puoti, *Divieto di velo integrale e protezione dei diritti e libertà altrui*, cit., p. 86 s.

[7] Si pensi alla *kippah* ebraica, il turbante dei *sikh*, i crocefissi dei cristiani e, appunto, il velo islamico. La logica del legislatore transalpino è, per così dire, escludente: la laicità è garantita vietando l'uso dei simboli. Per i sostenitori della legge essa rappresenta, anche, l'attuazione del principio d'uguaglianza, per i detrattori, al contrario, il divieto ha carattere razzista e discriminatorio e limiti il diritto universale all'istruzione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

coprirsi il volto nei luoghi pubblici, con netta prevalenza, nell'operazione di bilanciamento dei diritti, della necessità di identificazione delle persone sulla libertà religiosa[8].

In Belgio, dopo la presentazione di una prima proposta di divieto di portare il *burqa* o il *niqab*, il 28 aprile 2010 la Camera ha approvato all'unanimità il divieto di circolare in uno spazio pubblico con il volto coperto o mascherato, in tutto o in parte. Singolari appaiono le dichiarazioni degli stessi parlamentari che hanno affermato di non volere l'occidentalizzazione o l'omogeneizzazione delle donne musulmane, sì che l'introduzione del divieto si sarebbe dovuta considerare come un'iniziativa simbolica volta a tutelare la dignità della donna a conclusione di un percorso normativo inteso a promuovere tutta una serie di azioni positive idonee a realizzare la parità tra i sessi, *condicio sine qua non* di un ordinamento democratico e laico.

Diversamente l'Inghilterra ha demandato la politica sulle uniformi alla determinazione di ogni singola scuola, posta la conformità delle regole alla legge sui diritti umani e a quella sull'eguaglianza, che proteggono le caratteristiche associate alla religione o alle convinzioni personali, alla razza o al genere. A parere del Ministero dell'Interno britannico, la restrizione del diritto di un individuo a manifestare la propria religione o il proprio credo può essere giustificata soltanto nell'ipotesi in cui un istituto scolastico adduca comprovate ragioni atte a limitare le libertà di un individuo, quali la promozione della coesione e del buon ordine nella scuola, o autentiche considerazioni di salute e sicurezza.

Ancora, in Germania, dove la questione dell'indossare copricapi religiosi continua a suscitare dibattiti e cause giudiziarie, dal 2015 i singoli Stati tedeschi possono decidere autonomamente se consentire o vietare simboli o indumenti religiosi nelle loro scuole[9].

[8] Similmente a quanto già previsto dall'ordinamento italiano con la l. n. 152 del 1975. L'obiettivo è stato quello di disincentivare l'utilizzo del *burqa* o del *niqab* in territorio francese, poiché entrambi non erano più i benvenuti nella *Republique* in quanto segni di asservimento della donna, umilianti per le donne (così si è espresso il Presidente Sarkozy, nel 2009 al Congresso di Versailles nell'affrontare la tematica dell'abbigliamento religioso con particolare riguardo al *burqa* e al *niqab*).

[9] Alcuni Stati hanno scelto di vietare l'*hijab*, mentre altri lo hanno consentito con alcune restrizioni, come la richiesta che il viso o i capelli siano visibili. Almeno otto Stati hanno introdotto le cosiddette "leggi sulla neutralità", che prevedono il divieto di simboli religiosi nelle aule pubbliche, anche se in molti casi il divieto non si

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In Spagna non esistono norme sull'uso del velo islamico in classe. Ogni regione può decidere in materia di istruzione: in assenza di una normativa regionale, spetta alle scuole stesse stabilire i propri codici di abbigliamento nell'ambito della loro autonomia, sì che è vietato in alcuni istituti e consentito in altri. Così pure la Svezia, dove alla fine del 2022, la Corte amministrativa suprema ha stabilito l'impossibilità da parte delle autorità locali di porre divieti sull'uso velo o indumenti simili nelle scuole, sul fondamento che essi determinano una ingiustificata limitazione della libertà di espressione.

Pare, dunque, sia prevalsa, salvo le dovute eccezioni, l'idea che il riconoscimento della libertà di religione e di coscienza possa consentire al processo interiore, destinato a sfociare in una scelta, di rimanere protetto da turbamenti e costrizioni[10], soprattutto da quelli provenienti dalle pubbliche autorità[11]. Tale processo dovrebbe svolgersi nel contesto di un pacifico dialogo interculturale, i cui esempi, peraltro, non mancano anche in Italia, pur in assenza di disciplina specifica.

Il nostro Paese, infatti, si è mostrato decisamente più ritroso rispetto alle ipotesi di abolizione del velo, se non per autentiche ragioni legate alla necessità di identificare le persone.

Il dibattito è tuttavia ancora aperto.

V'è chi, con fermezza, sostiene l'esistenza di un divieto già in atto in Italia, riferendosi alla c.d. Legge Reale sull'ordine pubblico – *in specie* all'art. 5 della l. n. 152 del 1975, legge che risale agli anni di piombo, caratterizzati da numerosi attentati terroristici di matrice politica – un provvedimento molto discusso e sottoposto a referendum nel 1978

estende ai simboli cristiani. Nel gennaio 2020, un tribunale di Amburgo ha stabilito che una studentessa di 16 anni potesse indossare il *niqab* in classe nonostante questo indumento coprisse l'intera testa e il viso, lasciando scoperti solo gli occhi. Le autorità hanno affermato che, indossando il *niqab*, la studentessa non sarebbe stata in grado di comunicare pienamente con i suoi insegnanti o con gli altri studenti, ma il tribunale ha ritenuto il contrario. La libertà di religione è sancita dalla Costituzione tedesca, ma i singoli Stati e le scuole possono stabilire le proprie regole su ciò che è considerato "abbigliamento adeguato" in classe.

[10] R. Botta, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza religiosa nella società globale*, Torino 2002, p. 153 ss.; A. Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano 2005.

[11] V. A. Di Stefano, *Il velo islamico a scuola. Il punto di vista della Camera dei Lords*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 1/2007, p. 173 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

che ne mantenne la validità. Poiché la nuova formulazione della norma contempla il divieto dell'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona senza giustificato motivo[12], nel suo àmbito di applicazione dovrebbero essere ricompresi, senza indugio, il *niqab* ed il *burqa*.

Diversamente si è obiettato che decisiva, nell'operazione ermeneutica ed applicativa della norma, risulta essere l'inciso contenuto nella clausola finale, «senza giustificato motivo»; sul punto si sono espressi diversi Tribunali, solitamente dopo ricorsi contro ordinanze locali[13] che vietavano i veli integrali, ma l'assunto che in esso possano rientrare le convinzioni religiose e le tradizioni culturali è tutt'altro che pacifico. Soluzioni così intransigenti muovono, infatti, da gerarchie assiologiche altrettanto rigide e inconciliabili con la logica dei valori costituzionali, considerato che, guardando alle situazioni concrete, se l'intento è davvero quello di salvaguardare la sicurezza pubblica non si comprende perché mai il divieto debba riguardare tutti indiscriminatamente, interessando, come di fatto interessa, anche soggetti deboli e inoffensivi[14].

[12] V., l. 8 agosto 1977, n. 533, il cui art. 2 ha modificato l'art. 5, l. n. 152 del 1975. L'Italia dispone anche di un'altra normativa in materia di divieto di coprirsi il volto in luoghi pubblici: l'art. 85 del T.u.l.p.s. (r.d. 18 giugno 1931 n. 773 del 1931) che vieta di «comparire mascherato in luogo pubblico».

[13] Ordinanze di divieto sono state adottate dai sindaci di diversi Comuni italiani, i quali hanno richiamato l'art. 54, comma 4, del T.u.e.l. così come sostituito dall'art. 6 della l. n. 15/2008, che consente al sindaco di provvedere contro «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». A fronte dell'incertezza derivante da un'interpretazione non pienamente conforme al testo della legge, dal 2010 in poi si sono susseguite una serie di proposte di legge volte a precisarne il contenuto, e quasi tutte finalizzate, tranne una (n. 3205 del 2010), a vietare espressamente il porto del velo integrale o quasi. Al momento nessuna di queste risulta approvata dal Parlamento. Invece sono in vigore divieti localizzati, come quello previsto dalla Regione Lombardia nella deliberazione di Giunta del 10 dicembre 2015° vente ad oggetto il "rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale" che vieta "l'uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" presso gli enti individuati dall'art. 1 della l.r. 30/2006, tra i quali anche le strutture sanitarie. In argomento, ampiamente, P. Puoti, *Divieto di velo integrale e protezione dei diritti e libertà altrui*, cit., p. 85 ss., spec. nota 23.

[14] M.L. Quattrocchi, *Il divieto di indossare il* burqa *ed il* niqab *in Italia e in Europa*, in *www.quadernicostituzionali.it*, 2011, p. 11, la quale rileva che «del resto, nelle

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In proposito va ricordata la sentenza del Consiglio di Stato del 2008, nella quale è stato puntualmente affermato, a chiarimento della portata del divieto, che le normative vigenti in materia di pubblica sicurezza, devono interpretarsi nel senso che è consentita, in via di deroga, la possibilità di circolare a volto coperto per motivi religiosi[15]. Con riferimento al «velo che copre il volto», o in particolare al *burqa*, è stato, infatti, precisato che si tratta «di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture»[16].

Le considerazioni esposte denunciano che il tema della libertà religiosa e, in particolare, dei simboli religiosi generano aspetti di forte problematicità, spesso legati anche all'eterogeneità che caratterizza la disciplina del fenomeno nei diversi Stati europei. Volgendo attenzione all'àmbito comunitario, una seppur veloce rassegna evidenzia il rafforzarsi di un percorso parallelo tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU. La recente attività dei giudici di Strasburgo mostra un indirizzo interpretativo che, pur nel mantenimento di una impostazione cauta nella risoluzione delle controversie, anche per i casi di divieti di esibire simboli religiosi aprono a una timida valorizzazione del ruolo di supervisore europeo di garanzia del rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione, da parte della Corte EDU[17]. I giudici di Strasburgo negli ultimi interventi delineano alcuni limiti entro i quali il divieto di indossare un simbolo religioso può essere considerato legittimo e, quindi, compatibile con la Convenzione. Pur mantenendo saldo un orientamento

relazioni illustrative delle audizioni ci si affida alle volte a racconti emotivamente toccanti per la descrizione dettagliata dei maltrattamenti subiti in famiglia, ma riguardanti pur sempre fatti che sarebbero di per sé sanzionabili dalla magistratura. In sintesi, non si evince nessuna dimostrazione tangibile della reale incidenza che tale abbigliamento avrebbe nell'organizzazione di attentati terroristici. Quanto alla segregazione e umiliazione della donna, in primo luogo essa è possibile nelle forme più varie, anche senza l'imposizione di particolari indumenti. In Italia, il percorso della parità tra uomo e donna è stato lungo e accidentato ancora dopo l'entrata in vigore della Costituzione ed ancora oggi non può dirsi che il gap di tipo culturale e sociale sia del tutto superato».

[15] Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 3076.

[16] Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 3076.

[17] Sulla questione si rinvia a D. Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *www.federalismi.it*. 2019, p. 1 ss. e *ivi* ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

prudente verso le scelte operate a livello statale, attraverso un'applicazione comunque ampia del criterio del margine di apprezzamento, le ultime pronunce della Corte EDU legano l'interpretazione delle fattispecie a una più approfondita analisi del caso concreto e del contesto in cui il fatto si è verificato[18]. Conseguentemente ne esce rafforzato

[18] Il primo caso in cui la CEDU si è pronunciata sull'uso del velo islamico risale al 15 gennaio 2001. Nel caso *Dalhab v Svizzera*, la ricorrente – un'insegnante di una scuola primaria da poco tempo convertitasi all'Islam – fece appello all'articolo 9 della Convenzione Europea dei Diritti Umani (libertà di pensiero, coscienza e religione) dopo aver ricevuto l'ordine di non indossare il velo in classe da parte del Direttore generale della pubblica istruzione. In assenza di specifiche norme comunitarie che regolamentassero l'uso del velo e il conseguente riconoscimento di un ampio margine d'apprezzamento in capo alla Svizzera, la Corte ritenne che il divieto di indossare il velo islamico a scuola imposto alla ricorrente fosse giustificato e proporzionato non solo al fine di tutelare i diritti e le libertà dei giovani studenti facilmente influenzabili ed evitare lo sviluppo del proselitismo, ma anche in quanto simbolo imposto alle donne da un precetto coranico discriminatorio tra i due sessi non in linea con i principi che ogni insegnante dovrebbe trasmettere ai propri allievi. In conclusione, secondo la Corte, la Svizzera non ha violato l'articolo 9 della CEDU. Le ragioni addotte nella sentenza *Dahlab v. Svizzera* sono state riprese dalla Corte nel 2006, nel caso *Köse c. Turchia*. Affidandosi ancora una volta alla dottrina del margine di apprezzamento, la Corte stabilì che l'utilizzo del velo islamico può ammontare ad un atto di pressione ed esclusione, minando in questo modo i principi cardine della cultura occidentale come pluralismo e libertà. Un'altra sentenza cardine della CEDU sulla questione del velo islamico che risale al 2014. In *S.A.S. v Francia*, la Corte ritenne che la legge francese dell'11 ottobre 2010 che proibisce l'occultamento del volto negli spazi pubblici non determina una violazione della Convenzione. Nel caso di specie, la ricorrente – una cittadina francese di religione islamica che era solita indossare il velo integrale in pubblico – aveva impugnato la legge del 2010 ritenendola discriminatoria. Sebbene i giudici della Corte avessero riconosciuto tre ragioni alla base dell'adozione della legge restrittiva da parte della Francia – sicurezza pubblica, uguaglianza di genere e armonia sociale – solamente il terzo motivo venne accolto, sottolineando come la centralità e l'importanza del "*vivre ensemble*" possa legittimare l'imposizione di restrizioni sull'utilizzo del velo islamico. Un ultimo caso studio riguarda il caso *Belcacemi e Oussar v. Belgio*, portato davanti alla Corte di Strasburgo da due donne entrambe residenti a Liegi – Samia Belcacemi e Yamina Oussa – a seguito della legge belga del 1 Giugno 2011 che vietava l'utilizzo del velo islamico in luoghi pubblici. Balacemi aveva inizialmente deciso di continuare ad indossare il velo come manifestazione della sua fede religiosa ma poi, temendo la possibilità di essere sanzionata o addirittura incarcerata, si era vista costretta a conformarsi alla nuova legge. Oussa, invece, era rimasta confinata in casa con conseguenze sia per la sua vita privata sia sociale. Nel caso in esame, la Corte non individuò alcuna violazione degli

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

il principio di laicità espresso dallo Stato chiamato in giudizio, quale fattore di giustificazione dei limiti al divieto di manifestare la propria appartenenza religiosa attraverso gli indumenti. La Corte di Strasburgo individua un nuovo approccio che, compatibilmente con il principio del *vivre ensemble*, permette in alcuni casi – ad esempio quando il simbolo è indossato da un privato cittadino e non da un soggetto che svolge un pubblico impiego – di dichiarare incompatibile con la CEDU una limitazione alla libertà di esporre un simbolo religioso attraverso un indumento o un accessorio[19].

Con riferimento alla Corte UE, si registra un rinnovato coraggio a intervenire in questioni considerate quasi un tabù negli anni passati, che si traduce in un approccio volto ad incidere sulle scelte di politica legislativa compiute a livello nazionale. Un panorama «del tutto inedito» nelle controversie riguardanti materie di competenza dell'Unione e al tempo stesso direttamente connesse con la libertà di religione: si è passati dalla valorizzazione della «identità nazionale» nella definizione delle questioni inerenti alla libertà religiosa (che si è tradotta in un'attenzione alle specificità culturali, etniche e religiose degli Stati membri) ad un atteggiamento dei giudici di Lussemburgo per il quale il fattore religioso non continua più a pesare come elemento di specificazione dei principi generali del diritto dell'Unione[20].

articoli 8 (diritto al rispetto per la vita famigliare e privata), dell'articolo 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione) e dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione. Infatti, riconoscendo il margine d'apprezzamento nell'adempiere agli obblighi derivanti dall'articolo 8, i giudici sottolinearono come la legge adottata dal Belgio avesse il chiaro obiettivo di favorire la "convivenza civile" all'interno della società, giustificando il divieto.

[19] D. Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, cit., p. 23 ss., spec. p. 24.

[20] Tuttavia, le specificità degli Stati nazionali continuano ad avere una certa influenza nelle scelte dell'Unione. Riguardo l'applicazione della Direttiva 2000/78/CE, l'identità nazionale degli Stati membri deve essere considerata sia in sede di interpretazione del principio di parità di trattamento, sia nella valutazione dei motivi che possono giustificare eventuali ingerenze degli Stati membri nei diritti dei singoli garantiti dal diritto dell'Unione Europea: così D. Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, cit., p. 24. Cfr., M. Ventura, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. dir.*, 1999, 4, p. 598. Si fa riferimento

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

4. *Identità personale, libertà di religione, pluralismo culturale*

La questione che ci occupa è profondamente delicata e di non agevole soluzione. Il tentativo di calarsi nelle tradizioni culturali e religiose, nell'ipotesi quelle islamiche, appare, per un verso, presupposto essenziale per poter affrontare consapevolmente il (correlato) tema dell'integrazione e, per altro verso, richiede che siano interpellati in uno la ricerca della verità, le analisi storico-politiche nonché gli approfondimenti competenti; diversamente si profila il pericolo reale di un dibattito che sostanzialmente, nel mettere insieme molteplici fattori politici, sociali, culturali, mediatici con sentimenti collettivi, possa risultare vuoto e insulso, nella migliore delle ipotesi, se non addirittura tossico e pernicioso, nella peggiore.

Il filo conduttore può essere la "conoscenza" – quale strumento che, nel colmare le lacune storiche, consente di vincere i pregiudizi e la paura del "diverso" – unitamente alla "comprensione", che è l'arte di intendere (e di discolpare) l'Altro sul piano spirituale e sentimentale.

Una prima osservazione vuole partire proprio dal modello integrazionista, il quale appare, *quivis de populo*, (il) modello virtuoso per eccellenza. Figlio dell'Illuminismo, nelle innumerevoli pieghe della sua concreta manifestazione risulta essere in parte un figlio degenere: ciò risiede nella circostanza che il medesimo non spiega il perché i "valori democratici" debbano conferire ad un cittadino che si riferisce ad una cultura di maggioranza in un determinato spazio politico, una eguaglianza maggiore rispetto ad altri soggetti che, cittadini come lui, si riferiscono invece a culture di minoranza.

Nell'ambito dei codici vestimentali – il *burkini*, il *chador*, e varie forme di velo – siamo su un terreno espressivo in cui la maggioranza

alla Corte di Giustizia 12 novembre 1996, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea, Causa n. C-84/94, riguardante la discrezionalità degli Stato nella scelta del riposo lavorativo domenicale. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto di dover tenere conto «della diversità dei fattori culturali, etnici e religiosi nei vari Stati membri» per risolvere la questione. L'esigenza di una «conformazione dei divieti comunitari di discriminazione calibrata sulle specificità nazionali» trova riconoscimento anche sul piano normativo, nell'art. 4 della Direttiva 2000/78/CE (C. Elefante, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, *Diritto e religioni*, 2017, n. 2, p. 288 ss.).

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

culturale di un Paese collega questi simboli ad una civiltà oppressiva, considerando invece simbolo di emancipazione e di libertà una minigonna o comunque un abbigliamento al passo con i tempi. Opinioni queste pienamente legittime ed anche soggettivamente condivisibili, pur tuttavia sempre "opinioni", le quali, nel momento in cui dovessero essere codificate attraverso lo strumento normativo, si pensi alle ordinanze di divieto del *burchini*, assunte da alcuni sindaci, produrrebbero l'effetto di un "uso distorto del diritto", non dissimile da quello che in contesti di maggioranza islamica si utilizza per imporre atteggiamenti, codici di condotta e simboli religiosi. Si pensi alla legislazione iraniana che impone il velo, o ancora all'Arabia Saudita che costringe la donna a tenere taluni comportamenti con la forza del diritto.

Non di rado, dunque, il principio integrazionista, indulge in una forma impositiva, del tutto speculare nel metodo, ancorché diversa nei contenuti, rispetto a quella che può essere constatata nei Paesi musulmani. All'uopo è sufficiente considerare che la prospettiva indicata non può dirsi conforme ai valori di un Paese che si definisca democratico, sia perché le democrazie sono tali proprio in quanto rispettano le minoranze, qualsiasi minoranza (e il divieto *tout court* del velo islamico metterebbe in discussione questo caposaldo democratico), sia perché i valori della democrazia necessitano di essere affermati col consenso, piuttosto che con la forza della legge.

La religione va intesa in un duplice senso, quale fenomeno culturale specifico, oggettivamente presente in un dato contesto sociale e quale fenomeno soggettivo che chiama in causa l'individuo. Sotto il primo profilo essa si inserisce nella vita del soggetto intrecciandosi con il suo sviluppo psichico, sì che l'interazione tra la dimensione psichica e quella socio-culturale determina le vicende dell'identità; sotto il secondo aspetto essa, immanente all'individuo, si inserisce nel medesimo movimentando i processi di sviluppo della sua identità.

L'ampiezza dei risvolti connessi alle tematiche del culto suggerisce l'inutilità di trattare la questione attraverso l'uso di pericolose generalizzazioni, o peggio ancora di metodi dogmatici, o scelte imponderate del "tutto" o "niente", del "si" o del "no", semmai, più correttamente, attraverso una riflessione responsabile che valuti le concrete dinamiche che consentono al soggetto lo sviluppo di una propria identità personale in relazione ad un sistema religioso cul-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

turalmente significativo, al quale, com'è auspicabile, aderire o no in piena libertà.

Il velo islamico tra obblighi e divieti pone una domanda inevitabile sulla libertà delle donne: esso non può non essere inserito nel contesto religioso, nella sua dimensione storica, sociale e culturale, con il conseguente cambiamento del proprio significato. La pluralità di significati che esso è suscettibile di assumere incide naturalmente sulla portata della discriminazione legata al velo, così come sulla libertà di scelta delle donne.

All'uopo è proprio sulla "scelta" che occorre interrogarsi: se essa sia frutto di una autonoma e libera determinazione da parte della donna, che, di *sua sponte*, abbia ritenuto di adottare, condividendoli, certi codici vestimentali, o piuttosto sia una scelta imposta da altri, attraverso l'autorità, la forza o la violenza. Tutte le volte in cui il porto del velo è espressione di una volontà non condizionata, un divieto assoluto, quando non sorretto da comprovate ragioni di pubblica sicurezza o di ordine pubblico, comporterebbe una ingiustificata lesione dell'identità personale, oltre che la mortificazione della persona medesima. Nelle ipotesi invece in cui ciò dipenda da una altrui costrizione, certamente la risposta potrà essere diversa. Pur tuttavia, nel caso specifico, è inverosimile pensare che il divieto legislativo dei vestimenti religiosi possa *ipso iure* costituire un deterrente alla sopraffazione e alla vessazione che talune donne islamiche subiscono, essendo piuttosto necessari interventi mirati di natura diversa.

Il processo di emancipazione e di integrazione deve necessariamente percorrere la via del dialogo interculturale, quale fattore positivo di interazione e di scambio, fonte di arricchimento individuale e collettivo, avulso per un verso da concezioni tradizionalmente ancorate all'assimilazione o alla mera tolleranza del diverso e, per altro, da pregiudizi etnici. Il pluralismo culturale può rappresentare un'occasione, una sfida per le nostre democrazie liberali: il diritto di libertà religiosa rappresenta, nella coscienza europea contemporanea, non un elemento accessorio o secondario di cui si potrebbe forse fare a meno, ma uno dei pilastri che formano la cornice giuridico-istituzionale necessaria a sostenere e garantire l'integrazione tra diversi popoli e culture in un clima di pacifica convivenza e reciproco rispetto.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Mariarosaria Colucciello e Angela Sagnella

Para un léxico de la emigración en *Allende el mar* de Óscar Osorio[*]

Sommario: 1. Adelantando cuestiones. – 2. Léxico para quedarse. – 3. Léxico para regresar. – 4. Conclusiones para el pasado, el presente y el futuro.

1. *Adelantando cuestiones*

La emigración colombiana a Estados Unidos no es reciente ni improvisada, sino que tiene profundas raíces históricas que se remontan a la primera mitad del siglo XIX, cuando el tratado de 1843 entre los dos países dispuso que ambas poblaciones podrían residir y comerciar de forma mutua con los mismos derechos que los nativos[1]. Este acuerdo marcó el inicio de una relación migratoria que se ha desarrollado y que ha evolucionado a lo largo de los años. Desde Puerto Colombia o Cartagena mucha parte de la clase pudiente colombiana – sobre todo la antioqueña – encontraba en EE. UU. un punto de referencia desemejante y alternativo al Viejo Continente; en lugar de las masas desposeídas o en busca de aventuras, las corrientes predominantes en esa temporada eran las acomodadas, quienes preferían a Estados Unidos como meta de ensueño vivencial. Esto ocurrió también después de la Primera Guerra Mundial – debido a las dificul-

[*] Aunque se concibe como un trabajo único, Mariarosaria Colucciello es autora de los párrafos *Adelantando cuestiones* y *Léxico para quedarse*, y Angela Sagnella de *Léxico para regresar* y *Conclusiones para el pasado, el presente y el futuro*.

[1] Department of States of the United States, *In the Senate of the United States: message from the President of the United States, transmitting a communication of the Secretary of State in response to Senate resolution of January 6, 1893, regarding the effect of the pending bill to restrict immigration upon the treaty relations with other countries*, G.P.O., Washington, 1893, p. 6.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tades de abastecimiento de equipos y materias primas en la Europa asolada por el conflicto[2] –, y prosiguió de forma casi regular y obvia en las épocas de la Gran Depresión y de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el verdadero "despegue" de la migración colombiana a EE. UU. coincidió con una de las fases más agudas de la "Violencia" que caracterizó al país, es decir, durante el período intercensal de 1950 a 1960[3]. En esa temporada se desataba la violencia reciente, aquella política, la que duraría en su fase más cruel hasta 2016, fecha de la firma del acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y la que se apoyaría, sobre todo,

> en la idea de que el país se caracterizaba por ser una sociedad injusta, oligárquica, que mantenía oprimida a la mayoría de la población […], y que, por lo tanto, se justificaba una rebelión contra el orden tradicional para reemplazarlo por uno más justo[4].

Aunque han pasado diversas décadas desde el comienzo de la "Violencia" y han cambiado parcialmente las condiciones y los actores, a partir de 2018 el número de colombianos que emigra a EE. UU. ha aumentado constante y considerablemente, debido sobre todo a aquella faceta de la "Colombia feroz"[5] impulsada en gran medida por las secuelas del prolongado conflicto armado del país y por los retos económicos exasperados por la pandemia. El Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (CERAC) ha confirmado el abandono del país en 2022 por parte de más de medio millón de personas que ahora viven, en su mayoría, en Florida, Nueva York y Nueva Jersey[6].

Y es precisamente en Estados Unidos donde residen los diez colombianos que contaron sus historias de la emigración/inmigración

[2] P.L. Bell, *Colombia. Manual Comercial e Industrial*, Banco de la República, Bogotá, 2011 [1921], p. 28.

[3] W. Mejía-Ochoa, *Casi dos siglos de migración colombiana a Estados Unidos*, en «Papeles de población», n. 98, 2018, pp. 65-101, p. 79.

[4] J. Orlando Melo, *Colombia: las razones de la guerra. Las justificaciones de la violencia en la historia del país y el fracaso de la lucha armada*, Crítica, Bogotá, 2021, p. 17.

[5] Cfr. J.M. Martín Medem, *Colombia feroz. Del terrorismo de Estado a la negociación con las Farc*, Catarata, Madrid, 2016.

[6] Cfr. D. Chaves-González, J. Batalova, *Inmigrantes colombianos en los Estados Unidos*, en *Migration Policy Institute,* 2023, disponible en línea en: *https://www.migrationpolicy.org/article/inmigrantes-colombianos-en-los-estados-unidos*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

a Óscar Osorio quien, a su vez, las transformó en una cartografía honda y profunda de otras tantas personalidades y de su entorno privado y social. *Allende el mar*[7] es, de hecho, crónica múltiple de la migración que explora las complejidades de diversas personalidades, así como sus contextos tanto interpersonales como sociales. Es fenómeno vital que les tocó vivir a los protagonistas como agambeniana "forma-de-vida", «una vida que nunca puede ser separada de su forma, una vida en la cual nunca es posible aislar algo así como una vida desnuda»[8]. También es fenómeno político, por lo que la política implicada en la vida se hace foucaultiana biopolítica[9], y la esencia política de la emigración marca la distancia material del *bios* con la *polis*, o sea un Estado-nación en el que los conceptos de nación/nacionalidad están directamente relacionados con el nacimiento. De ahí que la manera congénita y primaria para entender la emigración sea la incompatibilidad de habitar el lugar en el que se ha nacido. Sin embargo, *Allende el mar* también es arista de temas superiores que atraviesan la condición humana la cual, al llegar a un territorio desconocido, experimenta sensaciones y sensiblerías otro tanto forasteras; estas se sedimentan en una semántica quizás no innovadora para la región hispanoamericana, pero seguramente portadora de una semasiología única que se exterioriza en los diez cuentos sin ficción, mejor dicho crónicas con estatuto literario, que acogen las voces de sus protagonistas, acendrados por la armonía de una filigrana literaria suave y compleja. No es este el caso de un autor que se ha alejado de sus orígenes, buscando el desarraigo, la soledad y el cambio espacial para relatarlas; en cambio, Osorio acoge los destinos individuales de unos cuantos paisanos por medio de una estrategia narrativa intrépida por su rebuscamiento, pero efectiva. Los protagonistas manifiestan ostensivamente sus periplos vitales más allá de la aventura migratoria, y cada una de sus historias posee un glosario específico que, juntándose con aquel de las demás, configura un mosaico lexical laberíntico, tan privado pero tan común, que espera en quedarse o en regresar y, aun

[7] Ó. Osorio, *Allende el mar*, Tusquets Editores, Bogotá, 2023.

[8] G. Agamben, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Adriana Hidalgo Editora, Madrid, 2021, p. 13.

[9] Cfr. M. Foucault, *Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979)*, Ediciones Akal, Madrid, 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

así, con matices totalmente colombianos dentro de los que prima el archilexema "violencia".

2. *Léxico para quedarse*

Que ningún otro niño viva lo que yo viví se abre en una Medellín de finales de los años ochenta enfurecida por el cartel de los carteles de Pablo Escobar, a cuya muerte ha contribuido el padre del protagonista Beto Coral, al encabezar una unidad del Bloque de Búsqueda. La muerte llega enseguida para este hombre por la tardanza en lograr los trámites de su traslado; pues ya estaba sentenciado por los supérstites del operativo, en una Colombia en la que se monitoreaba cada día la eclosión de minicarteles y el desarrollo del paramilitarismo. Con la muerte se asoma la mentira presente en la vida del padre desde hace tiempo por la presencia de más relaciones sentimentales y de otros hijos, y aquella por los sucesos que llevaron a la emboscada que mató a Humberto. En ese momento empieza la búsqueda de la justicia a toda costa por una muerte comprensible en sus motivaciones iniciales, pero inintelegible por la manera como ocurrió. La necesidad de acudir a instancias internacionales induce al protagonista a irse para Estados Unidos; en el país del *American dream* la vida se le torna muy complicada entre trabajos inicialmente inestables y días durmiendo en la calle intentando sobrevivir, y entre la búsqueda de un hogar – también sentimental – perdurable y la acometida de la depresión. Sin embargo,

> quienes llegamos a Estados Unidos tenemos el privilegio de incorporarnos a un sistema que rápidamente nos ofrece todo lo que nos negó nuestro país, salimos de un sistema capitalista sin oportunidades y llegamos a un sistema capitalista con oportunidades[10].

También el miedo arremete, pero es más fuerte la necesidad de perderlo para caer una y otra vez y de nuevo levantarse más fuertes en el reino de las oportunidades, desde el que la lucha de los colombianos debe ayudar a crear las condiciones para que a ningún otro niño le toquen destinos lamentables como aquel del protagonista.

[10] Ó. Osorio, *op. cit.*, p. 30.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Una inmensa tristeza empieza y acaba con esta última palabra, intercalada por una serie de otros sentimientos que se construyen a lo largo del cuento de Mariana. Un viaje destartalado hacia México desde Colombia provoca una asombrosa maravilla al chocar con el destino de ensueño norteamericano. La felicidad por el lujo desenfrenado de la nueva familia de acogida se mezcla con el desconsuelo por descubrir una verdad a pedazos sobre su familia de sangre, hecha de abandonos constantes, indigencia y soledad solo ablandada por la presencia de la abuela, a la que pronto la cogió la muerte. El narcotráfico, el traqueteo y el lavado de dinero acompañan la vida de la protagonista, entre tíos y parejas implicados y encarcelados, como ella misma, en un vaivén de ilegalidad fragmentada y condimentada por viajes insistentes entre EE. UU. y Colombia. El desplazamiento se diluye con la ilicitud, la celda y el llanto, que se repiten casi como si fueran constantes en la vida de Mariana, cuyo rumbo le ha permitido ser princesa en la casa de los tíos narcotraficantes, niña criando a niños, despertando todas las noches «con un vacío en el alma, con una inmensa tristeza […] en una vorágine horrible»[11], con el deseo de volver a su tierra y pensando que Estados Unidos había sido un error. Los golpes de la vida y aquellos de algunas de sus parejas le devuelven la miseria de su niñez, mientras se jura a sí misma que no seguirá con la ilegalidad, tampoco con Colombia, porque «de Colombia arrastro tantas heridas»[12].

Ya no hay forma de comenzar de nuevo es la insatisfacción de vivir en ambos lados y la certeza de no regresar. La emigración no es una elección obligada: aunque la vida familiar se ha destrozado, Ruby Tovar trabaja de enfermera y está contenta; sin embargo, la hermana que vive en EE. UU. la presiona a que la alcance, y es en ese mismo momento cuando el rumbo de la vida de Ruby toma un muy mal camino. El aburrimiento en casa de la hermana – que se convierte en su peor enemiga –, la falta del idioma que nunca alcanzará a conocer bien y la frustación por no recobrar el trabajo por el que había estudiado en patria la hunden en una desilusión y frustración que no tienen punto final. Al mismo tiempo le ha venido la resignación de quedarse – «llevo once años en este país y apenas hace tres que acepté

[11] *Ivi*, p. 59.
[12] *Ivi*, p. 77.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

y asimilé que me tenía que quedar para siempre»[13] – y de no regresar, porque «si no es a rumbear, ¿a qué vuelve uno a Colombia?»[14].

El Milagroso de San Calixto es el apodo de Freddy Castiblanco, cuando ejercía de médico en el Catatumbo, salvando diariamente la vida de decenas de personas, teniendo que afrontar el paramilitarismo y cuidar de la vida a cada paso. La inseguridad lo induce a mudarse a Estados Unidos, en donde ya reside su padre; el conflicto lo aleja de su tierra, junto con la decepción por no lograr impulsar cambios significativos; ese mismo conflicto lo induce a quedarse. En territorio norteamericano se cuela en la política de manera salvaje y consciente, así como se inicia a la música y al diálogo intercultural para abrir las mentes de todos los connacionales que frecuentan su local. Sufre por la violencia de Colombia, por los asesinatos y por la corrupción de su tierra; al mismo tiempo, «sé que debo preservar la esperanza y luchar por construir una sociedad más justa. […] Ser optimista y trabajar por el cambio, que no tengo alternativa»[15].

La resurrección es la palabra alentadora y clave de *Las Reliquias de la Muerte*. La depresión y el pánico vienen primero, antes de que se cumpla el tránsito de una condición a otra, de una sexualidad a otra. Estados Unidos ha significado también esto: un choque, un pasaje y un cambio nada repentino, pero hasta ese momento escondido. La búsqueda de la identidad – de esa «identidad que había construido y que necesitaba deconstruir para construir de nuevo»[16] – se llena de cicatrices por las que Bastián Camilo lucha, al principio inconsabidamente y luego conscientemente. En EE. UU. es más fácil ser trans, ser "diverso", porque es la patria de la "diversidad", y es gracias al país norteamericano que el tránsito se ha mudado en árbol con muchas ramitas: la parte legal, aquella social y aquella médica. Juntándose estos tres aspectos y teniendo a una familia lista para ayudarlo, Bastián Camilo resurge: «quiero mucho mi tierra y mi cultura, y mantengo a Colombia muy presente. De cierta forma, siempre la traigo conmigo, pero mi patria es el lugar donde esté mi familia; mi patria es mi familia»[17].

[13] *Ivi*, p. 128.
[14] *Ivi*, p. 129.
[15] *Ivi*, p. 163.
[16] *Ivi*, p. 202.
[17] *Ivi*, p. 196.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

3. *Léxico para regresar*

Ya me están secando la madera contiene en su mismo título la sinopsis del regreso, porque tampoco la partida había sido querida por el protagonista, el caleño Álvaro, obligado por la familia de su novia – ya establecida en EE. UU. – a mudarse allende el mar. Se resiste, se rebela, espera, pero al final cede ante el peso de la reunión familiar. Es allí donde empieza el viaje de dos meses por "El Hueco", ese peligroso camino que miles de migrantes emprenden todos los días en la frontera México-Estados Unidos, que incluye también la pesadilla de cruzar el tortuoso Río Bravo. La travesía rebosa de corrupción por parte de la policía mexicana, que pide dinero para favorecerla, y de coyotes estafadores, que aprovechan de sus ahorros para prometerle a Álvaro una felicidad en tierra norteamericana. Una celda fría completa el cuadro de una preocupación que la mayoría de las veces se convierte en «el miedo más berraco»[18]. El tardío reencuentro familiar proporciona una tranquilidad también laboral y económica que permite al protagonista volver a regresar a Colombia de vez en cuando, sobre todo en el momento en que se separa de su pareja para empezar otra relación sentimental. Es con esta última, Lilia, con quien sueña con regresar a Colombia, a Belén de Docampadó, en el Chocó, de donde procede su padre, sus raíces, allí donde se está preparando para quedarse más allá de la muerte.

Además del desarraigo que conlleva el exilio y del vacío que deja la muerte del amor verdadero, *La luna y el lucero* cuenta el pasado de la protagonista hecho de actividades clandestinas, antes en el Ejército Popular de Liberación (ELP) y luego en el Movimiento 19 de abril (M-19), con la política como persistente telón de fondo que se mezcla con la vida privada llena de satisfacciones: «trabajábamos duro y vivíamos con lo mínimo; hacíamos la revolución con una gran convicción y el amor con un inmenso amor. Una vida linda, apasionada»[19]. La "Violencia" ya había obligado a su familia a cambios sustanciales, también espaciales, y el atentado que sufrió en piel propia, cuando era niña, la convence aún más de que Colombia es tierra difícil, a la que hay que proteger y de la que es necesario protegerse. Sin embargo, pronto llega

[18] *Ivi*, p. 40.
[19] *Ivi*, p. 82.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

la amenaza del Bloque Calima, un enorme miedo y la denuncia. El destierro a EE. UU. llega para evitar lo peor, para curar las heridas, para librarse del estrés tenaz que atrapa a la pareja; y, con todo, la convicción política queda, así como las ganas de cambiar a Colombia. Desde el destierro norteamericano recobra fuerza la nostalgia por el pasado y por lo que habría podido hacerse y no se ha hecho. En tierra ajena se es sobreviviente, vivo, y «esa seguridad compensa un poco, pero lo que uno deja es demasiado»[20]. Vivir partidos en dos es lo que uno siente, pero las tragedias del país no dejan otra oportunidad. Para finalizar, la enfermedad, que apaga la luz de sus días y el lucero de su vida, esto es, «el duelo difícil»[21] por la muerte de su marido, lo que la induce a quedarse y, al mismo tiempo, a desear regresar.

Soy primo de Jesucristo es el cuento del destierro inaceptado:

> Nunca he salido de mi país. Usted puede sacar el animal de la selva, pero no puede sacar la selva del animal. […] No estoy aquí, en este barrio colombiano de Nueva Jersey. Nunca he estado en Estados Unidos. Yo estoy en Palmira. Lo único que está aquí es mi cuerpo, pero a mi cuerpo lo monto en un avión y lo mando a que se reúna con mi mente[22].

Rodín vive toda su vida colombiana en el foco de la guerrilla con un cuñado secuestrado, un hermano asesinado, atentados contra miembros de su familia y su persona: no hay que añadir nada para entender las razones de la emigración. Su estancia imperecedera en Estados Unidos ha significado seguridad, incansable trabajo y finalmente asilo; también le ha devuelto la vida, con ocho hijos de siete mujeres. El recuerdo de la familia lo induce a salir del país, y la persecución que siente detrás suyo, como perro huele a su presa. Pero haber dejado de lado el acosamiento no lo reconforta de la soledad tremenda de la que padece en EE. UU., colmada por la búsqueda incesante de dos, tres y cuatro trabajos que le hagan olvidar lo vivido. «Colombia es un paraíso. Hay de todo, pero la gente es muy idiota; son bobos, son unos hijueputas»[23].

[20] *Ivi*, p. 87.
[21] *Ivi*, p. 98.
[22] *Ivi*, pp. 115-116.
[23] *Ivi*, p. 115.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Elizabeth es un barrio popular de Cali empieza con una declaración de amor a Estados Unidos y acaba con la preparación de los papeles para regresar a Colombia. El dolor, la tristeza y la nostalgia acompañan a la protagonista en su estadía en Nueva Jersey, a veces juntándose con la humillación y la pobreza y con el mal trato de la familia del esposo. Unos meses parecen años y el tiempo no pasa, sino que Dahiana lo sufre. La separación del marido y buenos trabajos alentan su vida y la de su hija: «ya había aprendido a vivir en este país»[24]. Sin embargo, una mala caída lastima su cadera y en la espera de la indemnización prepara los papeles para su regreso a Cali, en donde construirá el piso a su mamá y a ella también.

El niño que deseaba intensamente que su padre se muriera es la historia de una inaudita violencia intrafamiliar que convierte al protagonista John Estrada en un escritor postergado, obligado a serlo por las aventuras de una vida que no lo ha acompañado en su amor por la literatura. La llegada a Nueva York, en donde se instala para echarle tierra a su horrible pasado familiar, no produce escenarios mejores: el amor se acaba y todos los diplomas y hasta el doctorado se quedan, «inútiles y escondidos»[25], en cajones de la memoria, saliendo de estos solo de vez en cuando. Solo cuando, después de décadas, a la memoria se añade el perdón, el escritor postergado logra dejar de lado su resentimiento y, al mismo tiempo, llega a la conclusión de que la tierra segunda ya no puede guardarlo durante la senilidad: «ya estoy viejo y no tengo a nadie aquí. Estoy totalmente aislado. Allá están mis hermanos; mis sobrinos […]; mis novias. A su lado va a ser más llevadera la vejez»[26].

4. *Conclusiones para el pasado, el presente y el futuro*

Los diez cuentos desficcionalizados que llenan las páginas de *Allende el mar* poseen el incontenible encanto de las agradables crónicas que, gracias a la reglamentación literaria, adquieren el estatuto de historias perdurables y entrañables. Los seis colombianos y las

[24] *Ivi*, p. 140.
[25] *Ivi*, p. 170.
[26] *Ivi*, p. 178.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

cuatro colombianas que, por distintas circunstancias, emigraron a Estados Unidos entregan a Óscar Osorio un manantial vivencial que el autor ha decidido moldear cautelosamente, guardando lo real de la profundidad humana que late en el fenómeno migratorio y juntándolo con una estrategia narrativa eficaz. Las historias son contadas desde el punto de vista del autor pero cediendo el paso al cuento personal de los protagonistas para crear intimidad y cercanía al lector, además de conferir credibilidad a lo narrado. Es así que se produce el espléndido engendro híbrido entre la voz de los protagonistas – ya convertida en literaria – y aquella del autor. Aun así, la mezcla feliz entre el aullido de los protagonistas y la lexía autorial también logra desvelar la experiencia más íntima de seres humanos moviéndose entre dos países, cuya especificidad y peculiaridad se dota de universalidad, hasta que la historia de uno es la historia de muchos. La estructura espacio-temporal es amplia: tiene pasado, presente y futuro, cada vez marcados por murmullos gritados sin espanto entre ganas de quedarse o de regresar, las cuales, sin embargo, no desvirtúan el dato cierto, o sea, la emigración. En esta obra, el desplazamiento adquiere tonalidades semánticas diferentes o desgarradamente idénticas, cuyo *fil rouge* y transversal es la violencia, la protagonista no tan aparente de esta recopilación de cuentos sin ficción. Esta – intrafamiliar, psicológica, política, etc. – insiste y redunda no tanto porque el autor la haya cacheado a toda costa, sino más bien porque la esencia de la colombianidad implica, de una manera u otra, transitar por proscenios violentos más o menos agudos.

Junto con el archilexema "violencia", el inventario de temas que la obra brinda al lector se completa de un léxico que puede cambiar de un cuento a otro, pero que contribuye a dibujar el alma propia y no tan escondida de una población que se explicita en la emigración a Estados Unidos, tierra en la que se quiere quedar o de la que se necesita huir, y en la que el pasado, el presente y el futuro de los protagonistas son recordados y vividos siempre en la espera de la salvación.

Que ningún otro niño viva lo que yo viví presenta un léxico que se mueve entre la muerte, el descubrimiento de la mentira y la necesidad de perder el miedo, siempre condimentados por la irrenunciable búsqueda de la justicia contra viento y marea. *Una inmensa tristeza* lleva consigo muy poca felicidad y tanta amargura que se ha intentado solucionar de alguna manera con el regreso a la tierra colombiana, al

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

final infructuoso y hasta inútil, porque el ensueño se encuentra en el Norte, aunque junto con la absurda realidad de la infracción a toda costa. La resignación se apodera de la protagonista de *Ya no hay forma de comenzar de nuevo*, convirtiéndose al final en mansedumbre y conformidad a las circunstancias, debido a la imposibilidad de vivir ni en Colombia, ni in Estados Unidos. *El Milagroso de San Calixto* es recuerdo de violencia, corrupción y asesinatos, pero también conciencia de la necesidad de transformar al país y mantener la esperanza; esta última no se puede perder, y el talante científico y el activismo político servirán para eso. *Las Reliquias de la Muerte* es la historia del tránsito en todos los sentidos, del paso y del cambio vital; también de la resurrección, del resurgimiento y del agradecimiento a la tierra ajena, sin olvidar nunca a la propia, en un mundo excluyente en el que es difícil construir una identidad diferente de la que prima.

El léxico de *Ya me están secando la madera* es diferente: habla de viajes difíciles, de movimientos de ida y vuelta, de raíces que no se quieren perder y de regresos que se quieren aprovechar. *La luna y el lucero* es el regreso deseado políticamente pero imposible por el miedo a la amenaza y por los sucesos de la vida que procuran mayor inseguridad. *Soy primo de Jesucristo* cuenta un confinamiento injusto, debido a las circunstancias de una guerrilla que acosa y mata; Colombia es añorada en la soledad estadounidense, pero ahí no se puede regresar. Cali no se olvida en *Elizabeth es un barrio popular de Cali*; la ciudad colombiana se traslada a EE. UU. aunque solo por algunos años, aquellos que separan a la protagonista de su regreso a la ciudad natal; y la esperanza es el léxico que no aparece, pero que sobrevuela en todo el cuento. La violencia intrafamiliar prevalece en *El niño que deseaba intensamente que su padre se muriera*, entre memoria y perdón para seguir viviendo los últimos años como literato postergado en tierra propia.

En estas historias – seis para quedarse en la tierra de acogida y cuatro para regresar a la tierra de partida – y por medio del autor Óscar Osorio, de la boca de los diez protagonistas florece un léxico diferente pero igual, contrastante pero coincidente, triste pero feliz. Tristeza, abandono, llanto, miedo, muerte, amenaza, denuncia, nostalgia, enfermedad, ansiedad, persecución, soledad, aburrimiento, frustración, resignación, depresión, pánico, cárcel, ilegalidad, narcotráfico, paramilitarismo, guerrilla, violencia: estas páginas rebosan se-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

mántica y lexicalmente de voces sombrías, que perjudican al hombre y a su mismidad. De la misma manera maravilla, ensueño, trabajo, familia – no siempre ansiada como fuente de positividad o manantial de seguridad –, música, diálogo, literatura, cambio de identidad, tránsito y resurrección representan el contragolpe positivo de la alteración, de la transformación y de la metamorfosis vivencial y espacial.

El frío dato estadístico queda humanizado por Osorio, quien deja de lado las fugas de capital humano para convertirlas en rostros, también en este caso humanos, lastimosamente demasiado humanos. Parece casi que los protagonistas de estos cuentos han padecido de lo que Claudio Guillén llama «el exilio del exilio, en que el individuo o el grupo se exilia del exilio originario y colectivo, es decir, la clase de acontecimiento, *événement* o circunstancia histórica – proceso temporal, experimentable, vivible en el presente»[27], y que se están acercando – más o menos peligrosamente – al exilio definitivo, «sin promesa de redención, *voyage au bout de la nuit*, digamos con Céline, viaje que conduce en el mejor de los casos a la palabra poética pero no al sol y las demás estrellas»[28] dantesco que, en cambio, está abierto al rescate y a la esperanza.

[27] C. Guillét, *El sol de los desterrados: literatura y exilio*, Quaderns Crema, Barcelona, 1995, p. 147.

[28] *Ibidem*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Fortunato Gambardella

Prevenzione sanitaria collettiva e livelli essenziali di assistenza. Le criticità del nuovo sistema di monitoraggio nella prospettiva del modello della *stewardship*

Sommario: 1. Il rapporto tra sanità pubblica e prevenzione sanitaria collettiva. – 2. I livelli essenziali di assistenza e il modello amministrativo della *stewardship*. – 3. Il Nuovo Sistema di Garanzia dei LEA: profili procedimentali. – 4. Per una compiuta definizione del ruolo del Comitato LEA per garantire l'effettività dei livelli essenziali di assistenza.

1. *Il rapporto tra sanità pubblica e prevenzione sanitaria collettiva*

«La Sanità pubblica è la scienza e l'arte di prevenire le malattie, prolungare la vita, promuovere, proteggere e migliorare la salute e il benessere attraverso gli sforzi organizzati della società». La definizione appena riportata è racchiusa nel Glossario WHO della Promozione della Salute e rappresenta un adattamento della nozione di sanità pubblica proposta nel c.d. *Acheson Report* del 1998[1]. La stessa contempla una definizione tradizionale e basilare di una nozione che ha una sua connotazione storicistica, fortemente ancorata alle emergenze che ogni società è capace di esprimere e deve affrontare, nonché all'evoluzione delle acquisizioni della scienza e della tecnica.

La sanità pubblica descrive infatti un concetto sociale e politico che coltiva l'ambizione di migliorare la salute di intere popolazioni, prolungandone la vita e migliorandone la qualità. Obiettivi che po-

[1] Cfr. D. Acheson, *Independent inquiry into inequalities in health report*, The Stationery Office, London, 1998, dove si legge che «questi sforzi sono rivolti sia ai problemi globali di salute della popolazione sia alla produzione e alla erogazione di servizi sanitari efficaci. La sanità pubblica opera tramite alleanze, che attraversano orizzontalmente i vari confini disciplinari, professionali e organizzativi e fonda in questa collaborazione lo sviluppo e la traduzione nella pratica di politiche basate su prove di efficacia in tutte le aree che hanno un impatto sulla salute e sul benessere della popolazione».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

stulano una serie di interventi che fanno perno principalmente sulla promozione della salute e la prevenzione delle malattie, ma che non si esauriscono in questi spazi. La visione è larga e prospettica e descrive un approccio che la moderna letteratura inquadra nel concetto della c.d. "nuova sanità pubblica", che si caratterizza per una considerazione globale del modo in cui gli stili di vita e le condizioni ambientali impattano sullo stato di salute e che attinge a strumenti di indagine e di applicazione a carattere spiccatamente eterogeneo.

Per perseguire i suoi obiettivi, la sanità pubblica impiega infatti metodi e strumenti variegati e, all'apparenza, distanti: demografia, epidemiologia, sociologia, gestione delle risorse umane, scienza della comunicazione, chimica dell'ambiente, tecniche e pratiche sanitarie, diritto pubblico. Alcuni strumenti hanno valenza conoscitiva (demografia, epidemiologia, risorse umane, chimica dell'ambiente), altri servono per definire le modalità degli interventi (diritto pubblico, tecniche sanitarie e scienza della comunicazione). Strumenti distinti ma interoperativi[2], azionati nella prospettiva di articolare politiche e investimenti capaci di sostenere programmi e servizi strumentali alla tutela della salute, promuovendo gli interventi sanitari di prevenzione delle malattie e, più a monte, sostenendo stili di vita sani nell'ambito di ambienti che siano idonei a mantenere in salute gli individui.

È una traccia profonda, le cui ramificazioni sono molteplici e raggiungono nozioni di recente conio nella letteratura scientifica, a partire dal concetto di "sanità pubblica ecologica"[3], che guarda all'evoluzione della natura e dei problemi di salute come conseguenza dell'affermarsi delle emergenze ambientali. Dal surriscaldamento del pianeta all'inquinamento atmosferico, idrico e dei suoli, passando per le radiazioni elettromagnetiche non ionizzanti, è noto a tutti come i

[2] G. Carboni, *Il potere degli Stati per la tutela della salute pubblica*, in «DPCE online», v. 46, n. 1, 2021, p. 1: «Gli interventi di sanità pubblica si compongono di regole giuridiche e misure sanitarie, ma i caratteri e l'interazione tra norme giuridiche e norme sanitarie variano da Stato a Stato. Le differenze tra ordinamenti sono riconducibili a una serie di fattori: istituzionali, economici, sociopolitici, religiosi, che nel tempo hanno fatto aumentare le differenze. I poteri che oggi gli Stati esercitano per la tutela della salute pubblica sono il risultato dei progressi che la medicina e il diritto hanno compiuto insieme, entro specifici contesti costituzionali».

[3] T. Lang, G. Rayner, *Ecological public health: the 21st century's big idea?,* in «The BMJ», v. 345, 2012.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

problemi ambientali, globali e locali, incidano sulla salute degli individui e reclamino risposte che sono anche di sanità pubblica.

Ponendo attenzione alle misure più propriamente sanitarie, siamo dunque al cospetto di un insieme di azioni finalizzate principalmente alla prevenzione delle malattie, tanto infettive quanto non trasmissibili, discostandosi profondamente dagli interventi di assistenza sanitaria[4], nell'ambito dei quali oggetto del "trattamento" è il singolo. Il paziente degli interventi di salute pubblica è dunque la popolazione complessivamente considerata o, quanto meno, singoli segmenti della stessa (pensiamo alla platea dei lavoratori, alla cui tutela è destinata la normativa antinfortunistica).

Dal punto di vista delle competenze amministrative, gli interventi di sanità pubblica riflettono l'impianto ordinamentale di tutela della salute che si è venuto stratificando a partire dall'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) con la legge 23 dicembre 1978, n. 833[5], nell'ambito di un sistema che si struttura lungo un'articolazione amministrativa bi-livello: quello statale, cui spetta l'attività di indirizzo, la provvista delle risorse finanziarie, la garanzia dei livelli essenziali di assistenza (LEA)[6]; quello regionale, di gestione esecutiva delle prestazioni sanitarie.

In questo quadro, le competenze amministrative centrali[7] in materia di prevenzione sanitaria collettiva si snodano lungo due segmen-

[4] G. Carboni, *Il potere degli Stati per la tutela della salute pubblica*, in «DPCE online», v.46, n. 1, 2021: «nell'assistenza sanitaria, rientrano invece i servizi primari, di emergenza e ospedalieri, con i quali si intende principalmente diagnosticare e curare le persone che si ammalano».

[5] Sulle linee ispiratrici della riforma sanitaria del 1978, R. Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 2003, p. 24 ss.

[6] «I livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse», nel lessico dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 502 del 1992.

[7] Al Ministero della Salute spettano, com'è noto, la definizione degli indirizzi generali ed il coordinamento delle relative azioni, descrivendosi, per questa via, l'azione amministrativa centrale come azione di impulso, pianificazione e controllo che, nel settore di nostro interesse, è affidata alla Direzione generale della prevenzione sanitaria, cui afferiscono, tra le altre, le competenze in tema di promozione della salute, prevenzione e sorveglianza epidemiologica, prevenzione degli infortuni e delle malattie in ambito di lavoro, prevenzione degli incidenti in ambito stradale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ti: di indirizzo strategico (attraverso l'attività di pianificazione[8]) e di garanzia (attraverso il sistema dei LEA). Quest'ultimo segmento, in particolare, contempla due spazi di esercizio della funzione amministrativa, a valenza preventiva e successiva. Il primo attiene ovviamente alla definizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA)[9], ovvero l'insieme di tutte le prestazioni, servizi e attività che i cittadini hanno diritto ad ottenere dal Servizio sanitario nazionale (SSN), nella prospettiva di assicurare condizioni di uniformità del servizio a tutta l'utenza e lungo il territorio nazionale, nell'ambito di una competenza comunque restituita dall'ordinamento come trasversale, in una dimensione di sostanziale "codecisione di Stato e Regioni"[10]. Il secondo

[8] La fitta trama della pianificazione si articola, a sua volta, a diverse altezze, cui corrispondono differenti documenti di pianificazione, nell'ambito dei quali gli obiettivi della prevenzione vengono enunciati e restituiti come compiti dei sistemi sanitari regionali. La pianificazione in materia di salute conosce infatti più strumenti di espressione: alcuni a valenza generale, come il piano sanitario nazionale e il patto per la salute; altri a valenza specifica, perché relativi alla realizzazione di interventi nel solo segmento della prevenzione. In questo novero, assume rilievo principale il Piano Nazionale della Prevenzione, cui si accompagnano strumenti di pianificazione di taglio settoriale come, ad esempio, il Piano della prevenzione vaccinale e il Piano pandemico influenzale.

[9] Per un approfondimento in termini di evoluzione storica, si rinvia ampiamente a C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia del livello essenziale delle prestazioni*, Bologna University Press, Bologna, 2008, *passim*. Più di recente: V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in «Federalismi.it», n. 7, 2018.

[10] R. Balduzzi, D. Servetti, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione del Servizio sanitario nazionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna University Press, Bologna, 2013, p. 84.; M. Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da Covid-19: più Stato, meno Regioni?*, in «Le Regioni», n. 3, 2021, p. 563, sottolinea che «al fine di superare le perplessità suscitate dalla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», *ex* art. 117, comma 2, lett. m), Cost., per il tramite di una fonte secondaria (così Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. n. 4485 del 2002), qual è appunto il d.P.C.M. 29 novembre 2001, quest'ultimo è stato legificato dall'art. 54, comma 2, legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003). Peraltro, il comma immediatamente successivo del citato art. 54 introduce un meccanismo di delegificazione per le successive modifiche, confermando per tal via il medesimo procedimento di definizione dei LEA, *ivi* compresa l'intesa in Conferenza Stato-Regioni». Lo stesso A. rileva inoltre che la medesima procedura è stata «ribadita dall'art. 1, comma 554, legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) 33, in base al quale è stato

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

attiene piuttosto alla verifica dell'effettivo adempimento delle prestazioni afferenti ai livelli essenziali, lungo una traccia amministrativa che, come vedremo, di recente è stata oggetto di interventi di riforma.

2. *I livelli essenziali di assistenza e il modello amministrativo della* stewardship

Nel nostro ordinamento sanitario, il sistema dei LEA ha accompagnato il percorso di regionalizzazione iniziato con il decreto legislativo n. 502 del 1992 e consolidatosi con la legge costituzionale n. 3 del 2001. L'ultima, recente, definizione dei LEA è racchiusa nel DPCM del 12 gennaio 2017[11] in un quadro che, in relazione al concetto di prevenzione, ne evidenzia un sensibile ampliamento, cui consegue l'espansione del relativo spazio di espressione. Il decreto del 2017, nel descrivere il livello della "Prevenzione collettiva e sanità pubblica", fa propria quella più volte evidenziata traccia estensiva delle pratiche di prevenzione, che tiene insieme le attività e le prestazioni volte a tutelare la salute e la sicurezza della comunità da rischi infettivi, ambientali, legati alle condizioni di lavoro, correlati agli stili di vita, nell'ambito di un impianto articolato in aree di intervento[12]

adottato il citato d.P.C.M. 12 gennaio 2017, che definisce i LEA vigenti». Un diverso punto di osservazione è offerto da L. Violini, *Salute, sanità e Regioni: un quadro di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria*, in «Le Regioni», n. 5-6, 2015, p. 1029, laddove rileva « la mutazione genetica di quella che in origine era stata concepita come una competenza legislativa trasversale», posto che i LEA «hanno esteso il loro campo di azione finendo per essere non solo una competenza legislativa relativa alle prestazioni ma un potente strumento di controllo nelle mani del Governo centrale per spingere il sistema sanitario nazionale verso parametri uniformi a tutto campo. Tale movimento centripeto è stato favorito indirettamente anche dalla Corte costituzionale, che, nel caso di Regioni sottoposte ai Piani di Rientro, ha dichiarato incostituzionale la previsione di livelli ulteriori rispetto a quelli essenziali (sent. 104/2013), con ciò correttamente azzerando le possibilità di scelta delle Regioni stesse ove questa non fosse coerente con un disegno di razionalizzazione e di efficienza della spesa».

[11] Ad integrale sostituzione del DPCM 29 novembre 2001, con cui i LEA erano stati definiti per la prima volta.

[12] Il dettaglio delle prestazioni e dei servizi garantiti è contenuto nell'allegato 1 al decreto: sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassita-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

che fanno perno su programmi e attività volti a perseguire specifici obiettivi di salute garantiti dal Servizio sanitario nazionale.

Il sistema dei LEA disegna pertanto una tela di obiettivi e prestazioni per la cui concreta soddisfazione passa necessariamente ogni possibile valutazione circa la capacità del sistema sanitario di far fronte alle sfide che l'azione di prevenzione sanitaria comporta. Un impianto che reclama, pertanto, un sistema di monitoraggio adeguato ed efficace.

Adeguatezza ed efficacia che comportano innanzitutto la presa di posizione in punto di definizione di un modello di monitoraggio, che non può che muovere dallo schema amministrativo della *stewardship*, come tecnica generale che caratterizza l'articolazione delle competenze tra livello centrale e regionale nella gestione della sanità.

Nel campo della sanità pubblica, il concetto di *stewardship*[13] è

rie, inclusi i programmi vaccinali; tutela della salute e della sicurezza degli ambienti aperti e confinati; sorveglianza, prevenzione e tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; salute animale e igiene urbana veterinaria; sicurezza alimentare – tutela della salute dei consumatori; sorveglianza e prevenzione delle malattie croniche, inclusi la promozione di stili di vita sani ed i programmi organizzati di screening; sorveglianza e prevenzione nutrizionale; attività medico legali per finalità pubbliche. Nell'impianto dei LEA, ciascuno di questi ambiti si articola in una pluralità di segmenti, cui corrispondono programmi e azioni. Ad esempio, gli interventi tesi alla sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassitarie si articolano in: programmi di sorveglianza epidemiologica delle malattie infettive e diffusive (con produzione periodica di report sull'andamento delle malattie infettive/diffusive e la relativa Interventi per il controllo della diffusione di malattie infettive e diffusive comunicazione periodica a operatori sanitari, cittadini e istituzioni); interventi per il controllo della diffusione delle riferite patologie (Profilassi immunitaria, attività di controllo su fonti e vettori di trasmissione, produzione periodica di report sugli interventi di controllo con relativa comunicazione periodica a operatori sanitari, cittadini e istituzioni); medicina del viaggiatore (che comporta una specifica attività di informazione); predisposizione di sistemi di risposta ad emergenze di origine infettiva (che comporta l'attuazione di tutte le misure di prevenzione e controllo previste in caso di una possibile emergenza; ad es. misure quarantenarie, dispositivi individuali di protezione, vaccinazioni, etc.).

[13] Il modello della *stewardship* sanitaria è ribadito come opzione necessaria nella Carta di Tallinn "I sistemi sanitari per la salute ed il benessere economico", sottoscritta nel 2008 dai Paesi della Regione Europea dell'OMS nell'ambito della Conferenza ministeriale sui sistemi sanitari. Nel documento si sottolinea che «i Ministeri della Salute dovrebbero promuovere l'inclusione di considerazioni di tipo sa-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

stato definito nel *World Health Report 2000* del WHO come «l'accurata e responsabile gestione del benessere della popolazione»[14]. Si tratta peraltro di un modello che, in rapporto alla sua applicazione all'ambito sanitario, rappresenta l'opzione di sicuro riferimento nel quadro di un sistema sanitario decentralizzato, come il nostro si è venuto strutturando a partire dalla legge n. 833 del 1978 istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale e nel solco di un processo che ha raggiunto la sua piena (e secondo taluni eccessiva[15]) maturazione per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione.

Un sistema di governo della sanità nel quale peraltro i diversi livelli di governo istituzionale (centrale, regionale, aziendale) si trovano a confrontarsi con molteplici interlocutori forti, che concorrono alla definizione degli obiettivi di salute (aziende, media, raggruppamenti, etc.): un insieme di "portatori di interesse" che reclamano adeguato coinvolgimento nella prospettiva dell'effettività della complessa azione di governo del sistema sanitario. In uno scenario articolato in questi termini, rispetto alla tecnica gerarchica dei rapporti verticali[16]

nitario in tutte le politiche e sostenerne l'effettiva attuazione nei diversi settori per massimizzarne le ricadute positive sulla salute. Il monitoraggio e la valutazione della performance dei sistemi sanitari e una collaborazione equilibrata con i soggetti interessati a ogni livello del sistema sono elementi essenziali per promuovere la trasparenza e l'assunzione di responsabilità».

[14] R.B. Saltman, O. Ferroussier-Davis, *The concept of stewardship in health policy*, in «Bulletin of the World Health Organization», v. 78, n. 6, 2000, p. 733. Sul tema, si veda anche C. Novinskey, A. Federici, *Stewardship. Un nuovo modello di governance*, in «Care 6», p. 31, 2008, disponibile *online* all'indirizzo *www.dors.it*; A. Federici, G. Filippetti, F. Oleari, *National preventive plan: putting stewardship into practice*, in «Italian journal of public health», n. 9, 2012, p. 99.

[15] A. Pioggia, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in «Diritto pubblico», n. 2, 2020, p. 395, rispetto a questa opinione diffusa, rileva che «la divaricazione tra le sanità regionali […] dipende in buona misura anche da una cattiva attuazione della regionalizzazione, in cui ad essere stata presidiata è stata l'eguaglianza in termini di spesa, più che di servizi, lasciando che le differenze si approfondissero proprio nelle modalità di tutela del diritto alla salute».

[16] C.M. Novinskey, A. Federici, *op. cit*., «la *stewardship* è dunque un tipo di *governance* (del sistema sanitario, nel nostro caso) che usa poco strumenti "verticali" (imposizioni normative dall'alto) e fa maggior ricorso alla "leadership" (capacità di persuasione e creazione di collaborazioni attive con la "periferia"), nell'ambito di un processo decisionale efficiente, basato sulla fiducia reciproca dei soggetti coinvolti».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

la *stewardship* rappresenta una risposta che fa perno su due parole d'ordine: guida e collaborazione. Un modello che supera il vecchio impianto di gestione delle politiche sanitarie, ispirato alla tecnica del mandato (*agency*), con il Ministero in chiave di mandante e le Regioni chiamate all'esecuzione dell'attività amministrativa. Il nuovo corso descrive invece per il Ministero un ruolo di indirizzo e coordinamento, ma anche di interlocuzione con i governi regionali che, a loro volta, in un meccanismo a cascata, possono assumere il medesimo ruolo di *steward* a supporto delle Aziende sanitarie locali.

Lo schema della *stewardship* è stato articolato nella letteratura di settore[17] fino a ricostruirne un quadro funzionale che permette di individuare i segmenti di intervento del modello amministrativo, così sintetizzabili: formulazione di un quadro strategico; influenza sugli interlocutori mediante la definizione di azioni di indirizzo; garanzia della realizzazione delle politiche attraverso la predisposizione di strumenti per l'attuazione della programmazione; costruzione e mantenimento di collaborazioni e *partnership*; trasparenza dell'azione in termini propriamente di *accountability*[18]; realizzazione di un'attività di gestione amministrativa basata sulla conoscenza, sull'assunto che la stessa contribuisce a prendere decisioni più informate e quindi complessivamente favorisce migliori risultati per il sistema sanitario[19].

[17] P. Trevis, D. Egger, P. Davies, A. Mechbal, *Towards better stewardship: concepts and critical issues*, World Health Organization, Geneva, 2002.

[18] Rileva, in questa prospettiva l'esistenza di regole sulla pubblicazione dei piani, relazioni (*report*), codici di comportamento, rendiconti economici, nonché la loro effettiva pubblicazione, disponibilità e ampia diffusione nella prospettiva di assicurare che tutti gli attori del sistema esercitino la responsabilità nelle proprie azioni e che questa responsabilità sia accompagnata da una comunicazione trasparente. In tema si guardi anche A. Natalini, G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015 e in particolare, per il settore della sanità lo scritto ivi contenuto di B. Neri, *La sanità, l'istruzione e la necessità di una "trasparenza per settori"*; C. Tubertini, *Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale (articolo 41)*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Rimini, 2013.

[19] Il Documento esecutivo per l'attuazione delle linee di supporto centrali del 4 agosto 2011, adottato dal Ministero della salute a valle del Piano nazionale della prevenzione 2010, ha offerto peraltro un contributo importante alla definizione delle concrete modalità di esercizio della *stewardship*, da parte del dicastero, in relazione al

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Segmenti di un'azione collaborativa che in ogni caso postula che, nei percorsi di attuazione amministrativa delle politiche sanitarie, sia individuabile un soggetto che assuma una funzione di guida, che sia al tempo stesso di indirizzo, coordinamento e garanzia e che pone il tema dell'idoneità delle attuali competenze ministeriali ai fini dell'adempimento della indicata funzione di regia illuminata.

3. *Il Nuovo Sistema di Garanzia dei LEA: profili procedimentali*

Si tratta dunque di un sistema a valenza collaborativa che trova oggi conferma nell'ambito del Nuovo Sistema di Garanzia dei LEA, disciplinato dal Decreto del Ministro della Salute del 12 marzo 2019, in attuazione dell'accordo raggiunto tra Stato e regioni all'interno del Patto per la Salute 2019-2021.

Sino al 2019, la garanzia dell'effettiva erogazione sul territorio e dell'uniformità delle prestazioni rese ai cittadini era disciplinata dal d.m. 12 dicembre 2001, che forniva un set di indicatori[20] rilevanti per la valutazione dell'assistenza sanitaria finalizzata agli obiettivi di tutela della salute perseguiti dal SSN. Questi indicatori, ripartiti tra l'attività di assistenza negli ambienti di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, erano dunque raccolti in una griglia (c.d. Griglia LEA) che consentiva di conoscere e cogliere nell'insieme le diversità ed il disomogeneo livello di erogazione dei

segmento della prevenzione sanitaria collettiva, individuando gli specifici interventi di competenza centrale serventi alla realizzazione del modello. Con riguardo al profilo della conoscenza, nel documento si specifica che «la conoscenza (intelligenza) ha un significato più ampio e profondo di "informazione" perché implica la capacità di identificare ed interpretare gli elementi essenziali. Questa conoscenza deve essere disponibile a tutti i livelli del sistema sanitario e a tutti gli attori per svolgere i loro compiti all'interno del sistema. Nel presente contesto, essa riassume gli elementi di genesi e sintesi di nuove conoscenze nonché tutte le attività pertinenti ai sistemi informativi e di sorveglianza».

[20] La selezione degli indicatori riflette da un lato la ripartizione delle risorse del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) tra i livelli di assistenza e dall'altra le maggiori indicazioni delle politiche sanitarie regionali. La metodologia di valutazione complessiva comprende un sistema di pesi che attribuisce ad ogni indicatore un peso di riferimento, e assegna dei punteggi rispetto al livello raggiunto dalla regione nei confronti di standard nazionali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

livelli di assistenza. Di fatto, il monitoraggio dell'assistenza sanitaria erogata dalle Regioni sul territorio nazionale avveniva attraverso una serie di informazioni che, raccolte ed opportunamente elaborate e rappresentate sotto forma di indicatori, consentivano di leggere aspetti fondamentali dell'assistenza sanitaria, compresi quelli relativi alla qualità, all'appropriatezza e ai costi. L'intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005 affidava quindi la verifica degli adempimenti cui sono tenute le Regioni al Comitato LEA (Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza)[21] che, congiuntamente al Tavolo di verifica degli adempimenti, consentiva alle Regioni coinvolte di accedere ad una quota di finanziamento premiale. La pubblicazione dei risultati del monitoraggio avveniva attraverso un rapporto nazionale ad ampia diffusione, a cadenza periodica e disponibile sul sito del Ministero.

Dall'entrata in vigore del DPCM del 29 novembre 2001 che ha definito i LEA fino alla riforma del 2017, la "Griglia" ha rappresentato pertanto lo strumento principale per il monitoraggio e la verifica dell'effettiva erogazione delle prestazioni sul territorio nazionale.

Principale ma non esclusivo, completandosi il sistema di verifica con un differente ed ulteriore strumento di valutazione previsto nell'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005 e rappresentato dalla appena riferita "Verifica Adempimenti". L'Intesa del 2005 riportava infatti gli adempimenti regionali già previsti in norme ed accordi, il rispetto dei quali veniva verificato congiuntamente da due organismi istituiti dall'Intesa stessa: il Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA e il Tavolo di verifica degli adempimenti.

I due sistemi di monitoraggio (il sistema di garanzia e il sistema di verifica degli adempimenti) presentavano in ogni caso molti punti in comune, pur mantenendo delle specificità che si concretizzavano: nel primo, nella valutazione dell'erogazione equa ed uniforme sul territorio a garanzia della tutela del diritto alla salute di tutti i cittadini italiani

[21] Il Comitato è stato istituito con decreto del Ministro della salute del 21 novembre 2005 ed è composto da: quattro rappresentanti del Ministero della salute (di cui uno con funzioni di coordinatore); due rappresentanti del Ministero dell'Economia e delle Finanze; un rappresentante del Dipartimento per gli affari regionali della Presidenza del Consiglio dei ministri; sette rappresentanti delle Regioni designati dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

e alla accessibilità alle prestazioni del Servizio Sanitario Nazionale; nel secondo, nella valutazione dei principi di erogazione dell'assistenza con criteri di efficienza ed appropriatezza senza sprechi di risorse. Il primo sistema, peraltro, si applicava a tutte le regioni italiane, quale principale strumento di individuazione della mancata erogazione dei LEA, laddove il secondo si applicava solo alle regioni per le quali fosse previsto il finanziamento attraverso il Fondo di riequilibrio.

Sostanziali criticità rispetto al sistema sono state evidenziate da tempo dalle stesse amministrazioni e tanto il Patto della salute 2010-2012 quanto lo schema del Piano Sanitario Nazionale 2013 (mai approvato in via definitiva) sottolineavano come l'impianto, nel fare perno su un di un *cluster* limitato di indicatori, fosse statico e incapace di adeguarsi all'evoluzione dei bisogni sanitari.

Si raccomandava, all'opposto un sistema che, partendo dalla verifica quantitativa dei servizi erogati, considerasse anche l'accessibilità e la qualità come parte sostanziale del processo di garanzia del livello centrale.

Soprattutto, mancava ogni strumento per la soluzione delle criticità emerse nella valutazione degli adempimenti, esaurendosi l'efficacia dello strumento sul terreno della estromissione delle realtà regionali inadempienti dalle riferite premialità finanziarie.

Il modello varato nel 2019[22] giunge, invece, a valle della ridefinizione dei LEA del 2017 e trova prima attuazione con il d.m. 12 marzo 2019. Il sistema di garanzia descritto nel decreto ministeriale del marzo

[22] Preceduto da un percorso istituzionale e normativo, le cui tappe principali sono le seguenti: l'art. 1, comma 8, dell'Intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (repertorio n. 82/CSR), concernente il nuovo Patto per la salute per gli anni 2014-2016, prevede che: «Il Ministro della salute, in attuazione dell'art. 30 del decreto legislativo n. 68 del 2011 presenta alla Conferenza Stato-regioni, per la prevista Intesa, entro il 31 dicembre 2014, un documento di proposte per implementare un sistema adeguato di valutazione della qualità delle cure e dell'uniformità dell'assistenza sul territorio nazionale ai fini del monitoraggio costante dell'efficacia e dell'efficienza dei servizi, nonché degli adempimenti di cui all'art. 27, comma 11 del decreto legislativo n. 68/2011»; l'art. 10 della stessa intesa, comma 7, stabilisce che: «Con il decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, da adottarsi entro il 31 dicembre 2014, si provvede all'aggiornamento del decreto del 12 dicembre 2001, di cui all'art. 9, comma 1 del decreto legislativo n. 56/2000 e all'approvazione della metodologia di monitoraggio del sistema di garanzia per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

2019 ha una connotazione di ambizione centralista. Fermo il previgente sistema di verifica degli adempimenti regionali[23] che consente l'accesso alla quota premiale del SSN, il decreto elabora un modello di monitoraggio basato su di un rinnovato *cluster* di indicatori[24] e affida il calcolo degli stessi, nonché le conseguenti valutazioni derivanti dal monitoraggio, in capo alla Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute, cui la valutazione compete annualmente.

All'esito dei risultati, nell'ottica di promuovere un percorso di miglioramento continuativo dell'erogazione dei LEA, si prevede che il Ministro, sentito il Comitato LEA, attivi specifici processi di *audit* con le singole regioni e province autonome.

Si prevede inoltre che il percorso di miglioramento, condiviso con la regione/provincia autonoma sulla base di macro-obiettivi e di un relativo cronoprogramma, sia quindi valutato dal Comitato LEA e che l'eventuale inerzia o il persistente mancato raggiungimento degli obiettivi di miglioramento siano segnalati al Ministro della salute per i conseguenti interventi di competenza.

Emerge un sistema di monitoraggio che si smarca dall'influenza principale del Comitato LEA, cui non tocca più la valutazione del raggiungimento degli indicatori, quanto piuttosto l'approvazione della programmazione funzionale al miglioramento delle prestazioni in ambito LEA, laddove carenti.

Un sistema che, in realtà, resta in piedi pochi mesi. Alla fine del 2019, l'Intesa Stato-Regioni-Province autonome del 18 dicembre approva in via definitiva il Patto per la salute 2019-2021 laddove, alla scheda n. 2, si esprime l'ambizione di

> realizzare in collaborazione tra Ministero della salute e Regioni, nell'ambito del Nuovo Sistema di Garanzia (D.M. 12 marzo 2019), un più

[23] In questa prospettiva, il Comitato LEA certifica l'adempienza o meno delle Regioni quale presupposto per la verifica finale degli adempimenti da parte del Tavolo tecnico presso il Ministero dell'economia e delle finanze, di cui all'articolo 12 dell'Intesa Stato-Regioni 23 marzo 2005.

[24] Il NSG è operativo a partire dal 1° gennaio 2020. Si compone di 88 indicatori, di cui 16 per la prevenzione collettiva e sanità pubblica, la modalità di aggiornamento dei quali, disciplinata dall'art. 5 del d.m. 12.03.2019, è rigida, passando la stessa per un Decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni e sentito, da ultimo, il Comitato LEA.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

stringente e mirato monitoraggio al fine di migliorare e/o implementare i servizi nelle aree di maggiore carenza, ferma restando la garanzia dell'equilibrio economico-finanziario.

Il documento ridefinisce la dimensione procedimentale delle attività di monitoraggio e valutazione, la signoria sulla quale torna ad essere affidata al Comitato LEA, nella sua composizione mista tra rappresentanze del Governo e delle Regioni.

Posto che il monitoraggio e la valutazione del conseguimento degli indicatori del NSG spetta nuovamente al Comitato, allo stesso tocca anche il compito di segnalare le eventuali carenze rilevanti da qualificare come impegni nella prospettiva della correzione ad opera delle amministrazioni regionali. Ove invece si rilevino gravi criticità in almeno due macro-livelli di assistenza, il Comitato LEA invita la regione a presentare, entro un termine congruo in relazione alla criticità e comunque non superiore a trenta giorni, un piano di risoluzione delle predette criticità denominato "Intervento di potenziamento dei Lea"[25], che riporti gli interventi da porre in essere in un arco temporale coerente con la complessità dei problemi da risolvere. Il piano deve prevedere gli interventi di risoluzione delle criticità nell'ambito della sostenibilità economica del Servizio sanitario regionale interessato e si prevede venga sottoposto alla valutazione dello stesso Comitato LEA in ordine alla coerenza degli interventi proposti, ai modi e ai tempi previsti. La valutazione positiva, da parte del Comitato LEA, del piano di potenziamento comporta il riconoscimento di adempimento con impegno a realizzare le attività previste dal piano. La mancata realizzazione nei tempi e nelle modalità previste delle attività del piano comporta invece una valutazione di inadempienza.

Il sistema si completa prevedendo che, in caso di mancata presentazione del piano da parte della regione o di non adeguatezza dello stesso sulla base delle valutazioni del Comitato LEA, il Ministro della salute, avvalendosi degli Enti vigilati, ciascuno per l'ambito di propria competenza, previa diffida ad adempiere alla regione entro i successivi 15 giorni e ove persista l'inadempimento, provvede entro i successivi

[25] L'eventuale piano di potenziamento dei LEA per le regioni già sottoposte a piano di rientro deve essere coordinato e coerente con gli obiettivi previsti nel programma operativo di prosecuzione del piano di rientro.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

trenta giorni a predisporre un piano e a sottoporlo all'approvazione del Comitato LEA. Qualora poi si registri – nel medesimo anno – una valutazione insufficiente in tutti e tre i macro-livelli, la regione valutata inadempiente è tenuta alla elaborazione di un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, ai sensi dell'art. 1, comma 180, legge 30 dicembre 2004, n. 311, e ferma l'applicazione di tutte le norme vigenti in materia di piani di rientro.

4. *Per una compiuta definizione del ruolo del Comitato LEA per garantire l'effettività dei livelli essenziali di assistenza*

Da quanto fin qui evidenziato, emerge un rinnovato ed irrobustito protagonismo del Comitato LEA in punto di attività di monitoraggio e valutazione, a fronte del quale lo stesso Patto per la salute 2019 rilevava come non procrastinabile una complessiva ridefinizione, quanto a composizione, regole di funzionamento e strumenti a disposizione.

Nelle more di questo intervento di riforma, il Comitato continua però a funzionare sulla base delle previsioni del risalente decreto cui si deve la relativa istituzione (2005) e del regolamento adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni ai sensi dell'articolo 3, comma 4, dell'Intesa del 3 dicembre 2009 sul Patto per la salute per gli anni 2010-2012 del 10 febbraio 2011[26].

Il nuovo sistema, per come viene fuori dalla revisione del meccanismo intervenuta in sede di approvazione del Patto per la salute del 2019, rappresenta sicuramente un progresso rispetto al vecchio impianto della Griglia LEA. Se non cambia l'organo cui compete la

[26] Tra i principali compiti del Comitato c'è, come chiarito, la verifica dell'erogazione dei Livelli essenziali di assistenza, ma anche degli adempimenti regionali previsti per l'accesso ai finanziamenti integrativi. Il Comitato si occupa però anche della verifica periodica dell'attuazione dei piani di rientro e della predisposizione della proposta al Ministro della salute dei progetti regionali attuativi del Piano sanitario nazionale. Per queste attività, il Comitato si avvale della collaborazione dell'Agenas e dell'Aifa, nonché hanno accesso alla piattaforma informativa del sistema di gestione documentale per la verifica degli obiettivi regionali istituita presso il Ministero della salute.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

valutazione (che continua ad essere il Comitato LEA), il nuovo schema contempla comunque un meccanismo di sollecitazione dell'intervento correttivo regionale in funzione dell'adempimento dei LEA attraverso il descritto "intervento di potenziamento". Il timore è che, tuttavia, oltre la soglia della sollecitazione non si vada. Preoccupa, in questa prospettiva, innanzitutto la circostanza che l'obbligo di definizione dell'intervento di potenziamento prenda corpo esclusivamente quando il Comitato LEA rilevi criticità in almeno due macro-livelli di assistenza (prevenzione; assistenza distrettuale; assistenza ospedaliera). Ma preoccupa anche il difetto di chiarezza intorno alle conseguenze per l'ipotesi di mancato ottemperamento regionale rispetto alla realizzazione, nei tempi e nelle modalità previste, delle attività del piano di superamento delle criticità, per la quale nel Patto si riferisce genericamente che la stessa comporti, da parte del Comitato, una non meglio specificata valutazione di inadempienza, laddove esclusivamente una valutazione insufficiente in tutti e tre i macro-livelli comporta la necessaria elaborazione di un piano di rientro.

La sensazione è che, mentre la riforma del sistema di monitoraggio del marzo 2019 intendesse segnare un passo verso la rivendicazione della dimensione centralista dell'attività di monitoraggio e valutazione dell'adempimento dei LEA, con riconoscimento di un ruolo ministeriale forte, che radicava la specifica competenza in capo alla Direzione generale della programmazione sanitaria, la controriforma del dicembre 2019 (Patto per la Salute) restituisca quell'attività ad una dimensione mista Stato-Regioni che, da un lato, chiude il cerchio rispetto ad un impianto dei LEA che abbiamo visto emergere nell'ambito di una competenza trasversale, dall'altro, appare adeguata al modello della *stewardship* in considerazione della vocazione alla collaborazione tra i livelli di governo che, come abbiamo visto, quello schema comporta. Quello schema però abbiamo avuto modo di vedere come reclami anche spazi di espressione ulteriori rispetto al consolidarsi nell'ambito di tavoli di concertazione e rimane il dubbio sulla effettiva idoneità dell'attuale impianto di monitoraggio[27] nella

[27] C. Tubertini, *Pubblica amministrazione*, cit., definiva il vecchio sistema di monitoraggio sull'andamento dei LEA come «un sistema ancora in divenire, in cui i poteri autoritativi e di intervento del Ministero della salute di certo non mancano; e nel quale l'equilibrio tra i poteri dello Stato e le ragioni delle autonomie è tuttora

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

prospettiva dell'esercizio della funzione della *stewardship* ministeriale nella sua dimensione di influenza sul percorso di adempimento di livelli essenziali di assistenza che comunque si innestano nel corpo di una previsione costituzionale che esprime una competenza statale esclusiva[28].

Da qui la necessità di un intervento non più procrastinabile in punto di struttura e funzioni del Comitato, che consenta peraltro di superare l'attuale limite di una composizione esclusivamente istituzionale, aprendolo piuttosto a partecipazioni tecniche laiche, capaci di diversificare le prospettive di analisi anche nella prospettiva di immaginare la necessaria partecipazione di portatori di competenze variegate, capaci di restituire al lavoro del Comitato una competenza d'insieme che abbracci tutti i segmenti della tutela della salute.

affidato in maniera preponderante alla cooperazione interistituzionale che si svolge all'interno delle sedi politiche (Conferenza Stato-Regioni ed Unificata). Sotto questo profilo, occorrerebbe forse fare un passo in avanti, attribuendo alle nuove sedi tecniche di co-amministrazione (come il Comitato permanente di verifica dei LEA) maggiore autonomia rispetto al livello politico, e maggiore stabilità».

[28] Per quanto, in materia di livelli essenziali di assistenza, la Corte costituzionale ribadisca la rilevanza, nel segmento, nel canone di leale collaborazione. Si veda, di recente, Corte cost., 25 giugno 2021, n. 132, laddove è chiarito che «centrale risulta, pertanto, il canone di leale cooperazione tra Stato e Regione con riguardo alla concreta garanzia dei LEA, in forza del quale al legislatore statale spetta predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di essa, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale impegnando le Regioni a collaborare nella separazione del fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Francesco Gaudiosi

In tempestate securitas: il riassetto sistemico della NATO attraverso il Concetto strategico del 2022

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La rilevanza del Concetto strategico e le *core-tasks* della NATO. – 3. L'adeguamento degli scopi e dei principi della NATO al nuovo contesto securitario. – 4. La gestione delle crisi: il cyberspazio e la prevenzione dei rischi. – 5. I partenariati attraverso la difesa cooperativa. – 6. Il rilancio del partenariato strategico con l'Unione europea. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'Organizzazione per il Trattato Nord Atlantico (*North Atlantic Treaty Organization*, d'ora in avanti anche qualificata come NATO), istituita a Washington D.C. il 4 aprile 1949 con il Trattato Nord Atlantico[1], rappresenta la principale Organizzazione internazionale che ha come obiettivo il mantenimento della pace e della sicurezza collettiva nello scenario euro-atlantico. La NATO coinvolge gli Stati nordamericani assieme ad un considerevole numero di Paesi europei nell'ottica del rafforzamento delle relazioni pacifiche e amichevoli tra gli Stati dell'Alleanza *ex* art. 2 del Trattato[2], nonché nello sviluppo di un sistema di difesa e deterrenza rispetto alle aggressioni esterne, alla gestione di crisi internazionali ed alla sicurezza collettiva ai sensi

[1] Trattato Nord Atlantico, firmato il 4 aprile 1949, entrato in vigore il 24 agosto 1949.

[2] *Ivi*, art. 2: «Le parti contribuiranno allo sviluppo di relazioni internazionali pacifiche e amichevoli, rafforzando le loro libere istituzioni, favorendo una migliore comprensione dei principi su cui queste istituzioni sono fondate, e promuovendo condizioni di stabilità e di benessere. Esse si sforzeranno di eliminare ogni contrasto nelle loro politiche economiche internazionali e incoraggeranno la cooperazione economica tra ciascuna di loro o tra tutte».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dell'art. 5[3]. Difatti, il dettato dell'art. 5 del Trattato rappresenta il corollario giuridico su cui si fonda l'operato della NATO, legittimando l'autodifesa collettiva *ex* art. 51 della Carta ONU in caso di attacco armato nei confronti di uno degli Stati dell'Alleanza. L'ente è stato quindi creato sulla base dell'impulso degli Stati euro-atlantici per intensificare la cooperazione internazionale con riguardo *prima facie* al settore militare e della difesa[4].

Pur avendo quale iniziale obiettivo quello di limitare l'espansionismo sovietico a partire dagli anni '50 del XX secolo, la NATO, a fronte della dissoluzione dell'Unione sovietica, ha riorganizzato il suo operato nonché le funzioni attribuitele ai sensi del Trattato del 1949[5], adattandosi a nuovi scenari globali di crisi internazionali, quali ad esempio il terrorismo, gli attacchi cibernetici e il contrasto internazionale ai cambiamenti climatici[6].

[3] *Ivi*, art. 5: «Le parti convengono che un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti, e di conseguenza convengono che se un tale attacco si producesse, ciascuna di esse, nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni attacco armato di questo genere e tutte le misure prese in conseguenza di esso saranno immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza. Queste misure termineranno allorché il Consiglio di Sicurezza avrà preso le misure necessarie per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionali».

[4] Cfr. S. Hill, *The North Atlantic Treaty Organization*, in R. Geiß, N. Melzer, J.G. Devaney, E. Methymaki (a cura di), *The Oxford handbook of the international law of global security*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2021, pp. 1038-1051.

[5] Cfr. L. Taschenbrecker, *Die völkerrechtliche Bewertung der NATO-Einsätze seit dem Ende der Sowjetunion aus dem Blickwinkel des NATO-Vertrages*, Duncker & Humblot, Berlino, 2020, *passim*.

[6] Anche nel contesto pandemico, la NATO ha dimostrato la sua capacità operativa, mettendo a disposizione le proprie risorse in termini di personale e di logistica al servizio degli Stati membri dell'Alleanza per contenere l'avanzata del Covid-19 nel contesto euro-atlantico. Sul punto, si permette di rimandare a F. Gaudiosi, *La NATO: le prime iniziative di lotta alla pandemia da COVID-19 nel contesto atlantico*, in «Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana», Working Paper I, Roma, 2020, pp. 100-106.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Scopo del seguente lavoro è, dunque, analizzare le implicazioni giuridiche del Concetto strategico della NATO, al fine di individuare il riassetto sistemico dell'Organizzazione in rapporto alle sue competenze di attribuzione. Obiettivo dello scritto è quello di identificare, prima, le principali novità apportate dal Concetto strategico in relazione alle attività e alle funzioni attribuite alla NATO ai sensi del Trattato del 1949 in materia di difesa e di deterrenza, poi, di analizzare la difesa cooperativa come componente della sua proiezione esterna, con particolare riguardo al partenariato strategico con l'Unione europea.

2. *La rilevanza del Concetto strategico e le* core-tasks *della NATO*

Il 29 giugno 2022, i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri della NATO hanno adottato il nuovo Concetto strategico dell'Alleanza atlantica nel corso del *summit* di Madrid[7]. Tale documento illustra le principali sfide della NATO per il prossimo decennio, con l'intenzione di riaffermare i valori fondanti e di ridefinire strategicamente le principali questioni securitarie di interesse per l'Alleanza[8]. Il Concetto strategico rappresenta inoltre uno strumento programmatico volto a considerare le sfide alla pace e alla sicurezza internazionale nella prospettiva euro-atlantica, attraverso una revisione del documento che ha luogo circa ogni dieci anni dalla sua elaborazione[9]. Tale documento, adottato mediante la regola del *consensus* dai Capi di Stato e di Governo della NATO, è dunque riconosciuto quale il principale atto teso ad ampliare il mandato dell'Alleanza atlantica senza operare una procedura di revisione formale del Trattato Nord Atlantico, di particolare complessità sotto il profilo procedimentale[10].

[7] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *www.nato.int/strategic-concept*.

[8] *Ivi*, p. 3.

[9] V. Camporini, *The Evolution of NATO's Strategic Concept*, "1949-2009: Sessant'anni di Alleanza atlantica fra continuità e trasformazione", Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 11-12 marzo 2009, disponibile *online* all'indirizzo *https://dipartimenti.unicatt.it/scienze-politiche-Camporini.pdf*.

[10] Sul punto, autorevole dottrina parla di "procedimento esterno" (v. C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 95-96). V. anche NATO Parliamentary Assembly, *Contribution to NATO's New Strategic Con-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In primis, il Concetto strategico del 2022 riprende una ripartizione "triplice" delle competenze della NATO (c.d. *core-tasks*)[11], già affermate nel Concetto strategico del 2010, che sono: la difesa e la deterrenza, la prevenzione e la gestione delle crisi e la sicurezza cooperativa[12]. Cionondimeno, occorre ricordare alcuni significativi cambiamenti all'ambiente securitario del 2010, tra cui l'annessione della Crimea e l'occupazione militare di alcuni territori dell'Ucraina orientale da parte della Federazione russa[13], il radicalismo islamico e la conseguente avanzata (e declino) dell'ISIS in Medio-oriente, l'espansionismo geo-economico cinese nell'Indo-pacifico, nonché il sempre più frequente ricorso a nuove tecnologie, ad uso civile e militare, qualificate come *emerging and disruptive technologies* (EDTs) che mirano a determinare interferenze informative e digitali nei sistemi democratici dei Paesi dell'Alleanza[14].

3. *L'adeguamento degli scopi e dei principi della NATO al nuovo contesto securitario*

Il concetto strategico della NATO delinea in primo luogo gli scopi e i principi della NATO in rapporto alle principali tematiche secu-

cept, 2021-2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato-pa.int/document/nato-pa-contribution-natos-new-strategic-concept*. V. anche NATO, *NATO 2030: United for a New Era, Analysis and Reccomendations of the Reflection Group appointed by the NATO Secretary General*, Bruxelles, 25 novembre 2020, in part. pp. 5-22.

[11] V. A. Marrone, *NATO's New Strategic Concept: Novelties and Priorities,* in *IAI Commentaries,* 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.iai.it/sites/default/files/iaicom2230.pdf*.

[12] NATO, *NATO Strategic Concept*, 2010, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_publications/20120214_strategic-concept-2010-eng.pdf*.

[13] Cfr. S. Cavandoli, G. Wilson, *Distorting Fundamental Norms of International Law to Resurrect the Soviet Union: The International Law Context of Russia's Invasion of Ukraine*, in «Netherlands International Law Review», vol. 69, 2022, pp. 383-410; J. Wöllenstein, *Der Ukraine-Krieg als regionale Konfrontation*, in S. Hansen, O. Husieva, K. Frankenthal (a cura di), *Russlands Angriffskrieg gegen die Ukraine*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023, pp. 29-44.

[14] V. C. Mölling, T. Schütz, *Preventing the Next War*, Policy Brief, German Council on Foreign Relations, Berlino, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://dgap.org/en/research/publications/preventing-next-war-edina-iii*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ritarie che si sono manifestate nel corso dell'ultima decade. Tale rilevazione è significativa in ragione della medesima *ratio* che ha condotto all'aggiornamento del Concetto strategico, vale a dire l'adeguamento degli obiettivi strategici a un ambiente securitario qualificato come «contested and unpredictable»[15]. È per tale motivo che il Concetto strategico del 2022 approfondisce il caso dell'aggressione armata della Federazione russa ai danni dell'Ucraina e l'offensiva russa specialmente nelle regioni ucraine orientali: il cambio delle relazioni con Mosca rappresenta infatti una conseguenza dell'aggressività russa ai danni dello Stato ucraino nonché il risultato della violazione di alcuni principi cardine del diritto internazionale, concernenti il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e la coesistenza pacifica tra gli Stati della Comunità internazionale. Sul punto, si afferma che «[…] the Russian Federation has violated the norms and principles that contributed to a stable and predictable European security order»[16], considerando l'aggressione russa in Ucraina come una problematica non solo di rilievo regionale, ma inevitabilmente di portata mondiale.

L'aggressività russa è altresì riprovata dal crescente uso di armi convenzionali e non convenzionali, tra cui possono essere annoverati i numerosi *cyber*-attacchi alle infrastrutture digitali di molti Paesi dell'Alleanza atlantica[17], nonché l'ammodernamento degli armamenti nucleari russi o, ancora, la crescente militarizzazione nelle aree del Baltico, del Mar Nero e del Mar Mediterraneo[18], come pure del territorio artico[19]. La violazione di molteplici norme dell'ordinamento internazionale e

[15] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., *Preface*, pt. 5.

[16] *Ivi*, pt. 6.

[17] *Ivi*, pt. 8: «The Russian Federation is the most significant and direct threat to Allies' security and to peace and stability in the Euro-Atlantic area. It seeks to establish spheres of influence and direct control through coercion, subversion, aggression and annexation. It uses conventional, cyber and hybrid means against us and our partners. Its coercive military posture, rhetoric and proven willingness to use force to pursue its political goals undermine the rules-based international order. […]».

[18] D. Lewis, *Strategic Culture and Geography: Russia's Southern Seas after Crimea*, in «Security Insights», Geroge C. Marshall Center for Security Studies, n. 36, 2019, p. 2 ss.

[19] *Ibidem*. Sul punto, v. S. Kirchner, *Governance and Security in a Divided Arctic: The New National Strategy for the Arctic Region*, in «American Society of International Law Insights», vol. 27, n. 1, 2023, pp. 1-5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

l'impossibilità, per la Federazione russa, di costituire un *partner* strategico dell'Alleanza, non frena tuttavia la NATO dal riconoscere il canale diplomatico quale strumento fondamentale per mantenere aperti gli strumenti di dialogo con Mosca per la gestione e la mitigazione dei rischi nel contesto securitario europeo, nonché per evitare pericolose *escalation* militari che potrebbero ulteriormente compromettere il rapporto tra la Federazione e gli Stati membri dell'Alleanza[20].

Nel tracciare le principali sfide all'ambiente securitario, la NATO si sofferma altresì su ulteriori minacce alla sicurezza euro-atlantica. *Ex multis*, il Concetto strategico approfondisce il terrorismo internazionale, quale forma di minaccia alla pace particolarmente problematica, in ragione del costante aumento di gruppi armati non statali, di reti terroristiche transnazionali e del perfezionamento di nuove tecnologie militari utilizzate da tali gruppi armati[21]. Come constatato dal Concetto strategico, il fenomeno terroristico prolifera per larga parte in territori già interessati da problematiche latenti che interessano l'area MENA, tra cui i cambiamenti climatici, la fragilità delle istituzioni statali, le emergenze sanitarie e la sicurezza alimentare[22]. Ciò comporta la proliferazione di diversi gruppi armati che contribuiscono ad aggravare le condizioni di vita dei civili in questi territori, ponendo altresì sfide umanitarie ai Paesi limitrofi nel fianco Sud dell'Alleanza[23].

[20] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., pt. 9.

[21] *Ivi*, pt. 11, che individua tali minacce terroristiche nel territorio del Medio Oriente, del Sahel e di alcuni Paesi Nord-africani.

[22] *Ibidem*: «Conflict, fragility and instability in Africa and the Middle East directly affect our security and the security of our partners. NATO's southern neighbourhood, particularly the Middle East, North Africa and Sahel regions, faces interconnected security, demographic, economic and political challenges. These are aggravated by the impact of climate change, fragile institutions, health emergencies and food insecurity. This situation provides fertile ground for the proliferation of non-state armed groups, including terrorist organisations. It also enables destabilising and coercive interference by strategic competitors».

[23] Sul punto, si rimanda anche all'operato dell'UNODOC (United Nations Office on Drugs and Crime), che ha avviato numerosi partenariati nel quadro del più ampio *Global Project on Strengthening the Legal Regime against Foreign Terrorist Fighters in the Middle East, North Africa and South Eastern Europe*. Tale Progetto ha visto coinvolti numerosi Paesi dell'Alleanza atlantica, *in primis* Germania e Stati Uniti. Per ulteriori informazioni, si rimanda alle recenti attività dell'UNODOC, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.unodc.org/unodc/en/terrorism/expertise/foreign-terrorist-fighters.html*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ulteriore minaccia individuata dal Concetto strategico della NATO è poi quella della Repubblica popolare cinese[24]. In tale frangente, il principale pericolo alla sicurezza dell'Alleanza è rappresentato dalle operazioni *cyber* e da alcuni attacchi ibridi volti principalmente a controllare infrastrutture critiche, strumentazioni tecnologiche e settori industriali strategici nelle catene di approvvigionamento a beneficio delle politiche economiche condotte dalla Cina a livello internazionale[25]. Il documento non sottace il rafforzamento del partenariato strategico tra la stessa Cina e la Federazione russa, nonché l'approccio sino-russo alle relazioni internazionali, volto principalmente a mettere in discussione alcune categorie giuridiche fondamentali dell'ordinamento internazionale[26]. Anche per quanto riguarda la Cina, il documento strategico riconosce l'esigenza di mantenere un atteggiamento costruttivo con Pechino, volto perlopiù a salvaguardare gli interessi securitari dell'Alleanza.

4. *La gestione delle crisi: il cyberspazio e la prevenzione dei rischi*

Il riassetto sistemico della NATO si concentra altresì sull'intenzione di incrementare le operazioni di esercitazione e formazione delle unità militari dei diversi Stati membri dell'Alleanza, per adattarli ad una gestione tempestiva ed efficace di eventuali crisi che potrebbero interessare il territorio degli Stati della NATO[27]. Quanto alle

[24] Il punto 13 riconosce come Pechino «[…] employs a broad range of political, economic and military tools to increase its global footprint and project power, while remaining opaque about its strategy, intentions and military build-up».

[25] S. Hill, N. Marsan, *International Law in Cyber Space: Leveraging NATO's Multilateralism, Adaptation and Commitment to Cooperative Security*, in D. Broeders, B. Berg (a cura di), *Governing cyberspace*, Rowman & Littlefield, Lanham, Boulder, New York, Londra, 2023, *passim*.

[26] Sul punto, v. E. Jacobson, *Sino-Russian Convergence in the Military Domain*, Center for Stategic & International Studies, 2018, pp. 1-8; J. McReynolds, *China's Military Strategy for Network Warfare*, in J. McReynolds (a cura di), *China's Evolving Military Strategy*, Washington D.C., 2017, pp. 225-230.

[27] V. S. Casey-Maslen, T. Vestner, *International law and policy on the protection of civilians*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Melbourne, Nuova Delhi, Singapore, 2022, pp. 190-200.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

infrastrutture digitali e all'elaborazione di appropriati strumenti di difesa da eventuali attacchi cibernetici, il documento strategico del 2022 prevede l'ammodernamento della *NATO Command Structure*, la struttura operativa e strategica che coordina le operazioni militari dell'Alleanza per far fronte alle nuove minacce ibride e ad eventuali attacchi alle infrastrutture digitali degli Stati membri[28]. Tuttavia, l'interessamento della NATO al cyberspazio non è particolarmente approfondito nel Concetto strategico del 2022[29]. L'approccio della NATO sulla questione appare evidentemente cauto, in ragione di un lento ma progressivo inserimento delle questioni concernenti la cybersicurezza nel mandato dell'Alleanza[30].

Di converso, la gestione delle crisi (c.d. *crisis managment*) è oggetto di trattazione specifica nel Concetto strategico. Per *crisis management* si intende l'insieme di capacità civili e militari messe a disposizione della NATO nei confronti degli Stati membri dell'Alleanza, in risposta ad eventuali minacce che potrebbero porre a rischio la si-

[28] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., punto 24: «We will expedite our digital transformation, adapt the NATO Command Structure for the information age and enhance our cyber defences, networks and infrastructure. We will promote innovation and increase our investments in emerging and disruptive technologies to retain our interoperability and military edge. We will work together to adopt and integrate new technologies, cooperate with the private sector, protect our innovation ecosystems, shape standards and commit to principles of responsible use that reflect our democratic values and human rights».

[29] Al punto 25, il Concetto strategico si limita a menzionare che «[m]aintaining secure use of and unfettered access to space and cyberspace are key to effective deterrence and defence. We will enhance our ability to operate effectively in space and cyberspace to prevent, detect, counter and respond to the full spectrum of threats, using all available tools. […] We recognise the applicability of international law and will promote responsible behaviour in cyberspace and space. We will also boost the resilience of the space and cyber capabilities upon which we depend for our collective defence and security».

[30] È, infatti, in occasione del Summit NATO di Bruxelles del 2021, che la NATO licenzia una nuova *Comprehensive Cyber Defence Policy* che vede l'Alleanza coinvolta nelle attività di difesa e di deterrenza da attacchi cyber sia in contesti di pace, sia nelle circostanze di crisi o di conflitti internazionali, attraverso il supporto operativo nei confronti di Stati terzi. Pare altresì opportuno rilevare gli impegni dell'Alleanza in occasione del Summit della NATO di Vilnius del 2023, allorquando l'Alleanza ha definitivamente individuato il cyberspazio quale priorità strategica della NATO e ha lanciato il *Virtual Cyber Incident Support Capability* (VCISC) quale strumento di risposta operativo alle minacce informatiche.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

curezza della regione euro-atlantica[31]. Tali minacce possono dunque essere di natura politica, militare o umanitaria, a seguito di un disastro naturale o di danni alle infrastrutture tecnologiche che compromettono la stabilità e la sicurezza di uno Stato membro[32].

Nel Concetto strategico, la NATO individua le prossime operazioni di gestione delle crisi con riferimento alle minacce provenienti dai cambiamenti climatici, dall'insicurezza alimentare e dalle emergenze sanitarie che potrebbero interessare il territorio euro-atlantico[33]. L'elemento caratterizzante di questa sezione del documento strategico attiene altresì alla prospettiva del *crisis managment* soprattutto in una dimensione preventiva e con particolare riguardo agli Stati *partner* della NATO[34]. Difatti, il punto 37 del Concetto strategico riconosce il ruolo determinante dei Paesi terzi nelle operazioni di gestione delle crisi e nell'interoperabilità delle missioni militari, soprattutto nei territori di Stati limitrofi che possono essere interessati da eventuali rischi sistemici, di natura politica, umanitaria o ambientale, con il rischio di presentare implicazioni securitarie anche nel territorio euro-atlantico[35]. È

[31] Con particolare riguardo all'Alleanza atlantica, v. NATO, *Crisis management*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49192.htm*; *A ''comprehensive approach" to crises*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_51633.htm*.

[32] Cfr. NATO, *Crisis management*, cit., 2022.

[33] Per una prospettiva più ampia, cfr. E. Fahey (a cura di), *The Routledge Handbook of Transatlantic Relations*, Routledge, Londra, New York, 2023, *passim*.

[34] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., ptt. 36-37: «36. We will ensure the resources, capabilities, training and command and control arrangements to deploy and sustain military and civilian crisis management, stabilisation and counter-terrorism operations, including at strategic distance. […] 37. Partners make an important contribution to NATO-led crisis management. We will continue to ensure sustained political engagement and military interoperability with partners who express an interest in contributing to our missions and operations».

[35] Sul punto, è possibile riconoscere il ruolo dell'*Euro-Atlantic Disaster Response Coordination Centre* (EADRCC), istituto dalla NATO nel 1998, che opera in coordinamento con un organo di natura civile e militare intitolato *Euro-Atlantic Disaster Response Unit*. Tra le operazioni più significative dell'EADRCC figura la gestione delle crisi in relazione ai disastri alluvionali che hanno interessato la Bosnia-Erzegovina nel 2014, al vasto afflusso di rifugiati nel territorio serbo del 2015 o, più recentemente, al fondamentale ruolo di coordinamento nella spedizione di materiale sanitario in risposta all'emergenza sanitaria legata al Covid-19. V. NATO, *Crisis management*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49192.htm*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

per tale ragione che, nell'ambito del riassetto sistemico della NATO, il *crisis prevention and managment* ha come obiettivo l'incremento delle attività di *capacity-building* nei riguardi degli Stati *partner* più vulnerabili, vale a dire il rafforzamento della loro preparazione e resilienza ad eventuali minacce alla sicurezza nazionale o ad attività terroristiche. L'obiettivo sotteso alla gestione delle crisi è dunque la sicurezza umana[36], che comprende sia la protezione dei civili in situazioni di rischio sia la riduzione di eventuali danni a cui potrebbe essere interessata la popolazione civile, qualora lo Stato *partner* sia coinvolto in una situazione di crisi o in un conflitto armato[37].

5. *I partenariati attraverso la difesa cooperativa*

La difesa cooperativa costituisce il principale strumento di coordinamento attraverso cui la NATO istituisce partenariati strategici e programmi di azione con altre organizzazioni internazionali e con Stati terzi. Il tema della difesa cooperativa assume rilevanza giuridica a partire dal Concetto strategico del 2010 nell'ambito delle attività di deterrenza e di difesa collettiva[38], fino ad essere inquadrato quale una *inherent action* dell'Organizzazione attraverso i Vertici del 2014 in

[36] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., pt. 39: «Human security, including the protection of civilians and civilian harm mitigation, is central to our approach to crisis prevention and management. We will work with other international actors to address the broader conditions fuelling crises and pervasive instability and contribute to stabilisation and reconstruction […]». Sul punto, cfr. G. Oberleitner, *Human Security: A Challenge to International Law?,* in «Global Governance», vol. 11, n. 2, 2005, pp. 185-203; M. Schmitt, *International Law at NATO's Brussels Summit*, in «EJIL: Talk!», Blog of the European Journal of International Law, 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ejiltalk.org/international-law-at-natos-brussels-summit/*.

[37] V. G. Oberleitner, *op. cit*., pp. 189-198.

[38] NATO, *NATO Strategic Concept*, 2010, cit., in part. pt. 4, lett. c: «The Alliance is affected by, and can affect, political and security developments beyond its borders. The Alliance will engage actively to enhance international security, through partnership with relevant countries and other international organisations; by contributing actively to arms control, non-proliferation and disarmament; and by keeping the door to membership in the Alliance open to all European democracies that meet NATO's standards».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Galles[39] e del 2016 a Varsavia[40]. Il punto 42 del Concetto strategico del 2022 riconosce infatti la sicurezza cooperativa come quello strumento di dialogo politico e di cooperazione giuridica «[…] to protect the global commons, enhance our resilience and uphold the rules-based international order»[41]. In particolare, essa verte su due aree di azione: una più propriamente politica, l'altra maggiormente giuridica.

Quanto alla dimensione politica, la sicurezza cooperativa fissa i principali obiettivi della NATO attraverso partenariati strategici con gli Stati limitrofi dell'Alleanza, per favorire le attività di dialogo e di consultazione con soggetti statali terzi interessati a costruire un modello di cooperazione securitaria interregionale[42]. Si pensi, a tal proposito, alle numerose attività di consultazione e ai forum di dialogo istituiti dalla NATO con Stati terzi in particolar modo nel fianco Sud ed Est dell'Alleanza, *inter alia* la *Partnership for Peace* (PfP) insieme all'*Euro-Atlantic Partnership Council* (EAPC), il *Mediterranean Dialogue* (MD) e l'*Istanbul Cooperation Initiative* (ICI), che costi-

[39] NATO, *Wales Summit Declaration*, 2014, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_112964.htm*, p. 81: «[…] Together with our partners, we have built a broad cooperative security network. Allies are resolved to maintain and build on this legacy, as our partnerships play a crucial role in the promotion of international peace and security. At this Summit, we therefore collectively pledge to strengthen the political dialogue and practical cooperation with our partners who share our vision for cooperative security in an international order based on the rule of law […].»

[40] NATO, *Warsaw Summit Communiqué*, 2016, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm*, p. 83: «While retaining our ability to respond to crises beyond our borders, NATO will continue to pursue cooperative security through partnership with relevant countries and other international organisations, and investing in capacity building and training efforts enabling countries to enhance their resilience and to provide for their own security».

[41] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., 2022, pt. 42.

[42] Particolare rilievo occupa inoltre la cooperazione tra la NATO e l'Unione africana, attraverso un partenariato ormai ventennale che si sviluppa nei settori del supporto operativo, della formazione del personale militare e della c.d. assistenza strutturale (*structural assistance*), vale a dire la condivisione delle migliori pratiche e delle conoscenze connesse alla sicurezza marittima, alle operazioni di logistica e alle tecnologie informative. Sul punto, v. L. Poli, G. Minervini, *La collaborazione con le Nazioni Unite, la NATO e le altre organizzazioni internazionali*, in M. Vellano, A. Miglio (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano, Wolters Kluwer, 2023, pp. 188-191.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tuiscono l'ossatura strategica dei partenariati della NATO. A ciò si aggiunge la più ampia attività di cooperazione con Stati che non rientrano nei partenariati menzionati, che fanno parte dei c.d. *Partners across the Globe* (PatG)[43].

Per quanto concerne l'area di azione giuridica, l'art. 10 del Trattato Nord Atlantico riconosce la facoltà per gli Stati membri di invitare all'unanimità qualunque altro Stato europeo in linea con gli obiettivi dell'Alleanza e i suoi valori costitutivi ad aderire al Trattato[44]. Lo scopo e l'applicazione dell'art. 10 hanno comportato un progressivo allargamento della NATO, attraverso l'adesione di nuovi Stati che hanno ampliato i confini geografici dell'Alleanza. La c.d. *open door policy* di cui all'art. 10 ha quindi costituito la base giuridica per l'invito formale di adesione alla NATO per la Finlandia e la Svezia nel corso del Vertice dei Capi di Stato e di Governo, tenutosi a Madrid il 29 giugno 2022. L'*iter* procedurale ha previsto la firma dei Protocolli di accesso dei due Stati candidati da parte degli ambasciatori presso la rappresentanza permanente della NATO a Bruxelles il 5 luglio 2022, con la conseguente adesione di Finlandia e Svezia alla NATO, rispettivamente nel 2023 e nel 2024.

6. *Il rilancio del partenariato strategico con l'Unione europea*

Il Concetto strategico del 2022 approfondisce, nell'ambito della difesa cooperativa, il tema del partenariato strategico tra NATO e Unione europea[45]. In particolare, si riconosce la necessità di con-

[43] In particolare, i PatG della NATO sono: Afghanistan, Australia, Iraq, Giappone, Repubblica di Corea, Mongolia, Nuova Zelanda e Pakistan.

[44] Trattato Nord Atlantico, *op. cit.*, art. 10: «Le parti possono, con accordo unanime, invitare ad aderire a questo Trattato ogni altro Stato europeo in grado di favorire lo sviluppo dei principi del presente Trattato e di contribuire alla sicurezza della regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni Stato così invitato può divenire parte del Trattato depositando il proprio strumento di adesione presso il governo degli Stati Uniti d'America. Il governo degli Stati Uniti d'America informerà ciascuna delle parti del deposito di ogni strumento di adesione».

[45] NATO, *NATO 2022 Strategic Concept*, cit., pt. 73: «The European Union remains a unique and essential partner for NATO. Our strategic partnership is essential for the security and prosperity of our nations and of the Euro-Atlantic area. It is built on our shared values, our determination to tackle common challenges and our

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

centrare la cooperazione securitaria con l'Unione nelle materie riguardanti il terrorismo[46] e la gestione delle crisi[47]. A tal proposito, il Concetto strategico riconosce l'interoperabilità della NATO con la Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) dell'Unione, evitando inutili duplicazioni e con l'obiettivo di garantire un contesto securitario stabile e condiviso nella regione euro-atlantica[48].

Per quanto attiene alla prassi, quanto previsto dal Concetto strategico ha trovato un rapido riscontro nel partenariato strategico attraverso la terza Dichiarazione congiunta UE-NATO del dicembre 2022. Il Documento, firmato dal Segretario generale della NATO e dai Presidenti di Commissione e Consiglio dell'Unione europea, ha come obiettivo quello di approfondire il rapporto tra le due Organizzazioni attraverso tre ambiti principali: le minacce comuni, le future aree di cooperazione e i rapporti delle due Organizzazioni con la Cina e con la Federazione russa. La Dichiarazione riconosce l'esigenza di un sistema di difesa europeo integrato[49], attraverso la costruzione di

unequivocal commitment to promote and safeguard peace, freedom and prosperity. NATO recognises the value of a stronger and more capable European defence that contributes positively to transatlantic and global security and is complementary to, and interoperable with NATO […]».

[46] *Ivi*, pt. 34: «[…] Terrorist organisations threaten the security of our populations, forces and territory. We will continue to counter, deter, defend and respond to threats and challenges posed by terrorist groups, based on a combination of prevention, protection and denial measures. We will enhance cooperation with the international community, including the United Nations and the European Union, to tackle the conditions conducive to the spread of terrorism».

[47] *Ivi*, pt. 39: «[…] We will work with other international actors to address the broader conditions fuelling crises and pervasive instability and contribute to stabilisation and reconstruction. We will reinforce our coordination and cooperation with the United Nations and the European Union, as well as with other regional organisations such as the Organization for Security and Co-operation in Europe and the African Union».

[48] *Ivi*, pt. 43: «[…] NATO and the EU play complementary, coherent and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security. […]». Sul punto, v. E. Greppi, *Politica estera e difesa europea*, in M. Vellano, A. Miglio (a cura di), *op. cit.*, 2023, pp. 5-32; L. Poli, G. Minervini, *La collaborazione con le Nazioni Unite, la NATO e le altre organizzazioni internazionali*, in M. Vellano, A. Miglio (a cura di), *op. cit.*, 2023, pp. 185-188.

[49] *Dichiarazione congiunta sulla cooperazione UE-NATO* (*Joint Declaration on EU-NATO Cooperation*), firmata il 10 gennaio 2023, pt. 9: «Our mutually reinforcing strategic partnership contributes to strengthening security in Europe and

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

un ambiente securitario euro-atlantico in grado di far fronte alla crescente competizione geo-strategica, alla protezione delle infrastrutture critiche e alle tecnologie emergenti e dirompenti[50].

I più recenti esiti della Dichiarazione congiunta del 2023 hanno condotto alla creazione, il 16 marzo 2023, di una *task force* sulla resilienza delle infrastrutture critiche nel territorio europeo[51]. L'iniziativa riunisce funzionari di entrambe le Organizzazioni per condividere le migliori pratiche nel settore della difesa e per sviluppare la resilienza di quattro settori critici: energia, trasporti, infrastrutture digitali e spazio[52]. Il 29 giugno 2023 la *task force* ha licenziato un primo rapporto di valutazione per l'implementazione congiunta dei quattro settori critici *de quo*[53]. Rileva anzitutto la promozione di un sistema di sicurezza coordinato sulla progettazione delle infrastrutture critiche, attraverso attività di *information sharing* con il sostegno del Centro europeo di eccellenza per il contrasto alle minacce ibride della NATO[54]. In secondo luogo, il rapporto individua l'opportunità di rafforzare la mobilità militare e i dialoghi diplomatici tra i rappresentanti delle due Organizzazioni su cyberspazio, sicurezza energetica, difesa marittima e infrastrutture spaziali[55]. Da ultimo, si considerano

beyond. NATO and the EU play complementary, coherent and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security. We will further mobilize the combined set of instruments at our disposal, be they political, economic or military, to pursue our common objectives to the benefit of our one billion citizens».

[50] *Ivi*, pt. 12: «We will further strengthen our cooperation in existing areas, and expand and deepen our cooperation to address in particular the growing geostrategic competition, resilience issues, protection of critical infrastructures, emerging and disruptive technologies, space, the security implications of climate change, as well as foreign information manipulation and interference». Cfr. Servizio di azione esterna dell'Unione europea, *Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence*, Bruxelles, 2023, in part. pp. 7-18.

[51] NATO, *NATO and European Union launch task force on resilience of critical infrastructure*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_212874.htm*.

[52] V. Task force di UE-NATO sulla resilienza delle infrastrutture critiche, *Final Assessment Report*, giugno 2023, pp. 1-10.

[53] UE, NATO, *EU-NATO task force on the resilience of critical infrastructure*, 2023, p. 3.

[54] *Ivi*, pp. 5-8.

[55] *Ivi*, pp. 8-9. Sul punto, v. Y.A. Stivachtis, *From National to International Actorness: International Organizations and the Transformation of Public Diplomacy—*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

le opportunità derivanti dalla cooperazione civile-militare, in ragione della interconnessione delle diverse infrastrutture e della protezione delle infrastrutture critiche oggetto di partenariato strategico per il tramite della *task force*[56]. Sul punto, è presumibile attendersi un costante approfondimento del partenariato strategico sia attraverso ulteriori dichiarazioni congiunte, sia attraverso la *task force,* quale utile strumento di concertazione su temi particolarmente sensibili per la sicurezza euro-atlantica.

7. *Osservazioni conclusive*

Il riassetto organizzativo della NATO è avvenuto attraverso il Concetto strategico del 2022, che ribadisce la natura difensiva dell'Alleanza atlantica e l'impegno della NATO a rafforzare il legame euro-atlantico attraverso l'unità, la coesione e la solidarietà tra gli Alleati[57].

In termini giuridici, lo scopo del Concetto strategico è quello di operare un progressivo aggiornamento del mandato quanto alle competenze di attribuzione, all'operato interno e alle relazioni esterne della NATO. La difesa e la deterrenza, la prevenzione e la gestione delle crisi e la sicurezza cooperativa costituiscono dunque le tre *core-tasks* della NATO. La prima rappresenta una *inherent action* dell'Alleanza, attraverso cui essa opera ai sensi dell'art. 5 del Trattato Nord Atlantico. La seconda costituisce una competenza non espressamente prevista dal Trattato, che la NATO ha progressivamente esercitato attraverso operazioni, di natura sia civile che militare, focalizzate sul *crisis management* nella prospettiva di una possibile minaccia alla pace e

The Cases of the European Union and NATO, in Aa.Vv. (a cura di), *The Palgrave handbook of diplomatic thought and practice in the digital age*, Palgrave Macmillan, Cham, 2023, pp. 459-481.

[56] Task force di UE-NATO sulla resilienza delle infrastrutture critiche, *Final Assessment Report*, cit., pp. 8-9.

[57] Cfr. S. Hill, *How to Keep Multilateralism Relevant: Lessons from NATO*, in Aa.Vv., *International Law in Practice,* Atti del 112esimo Convegno annuale della Società americana di diritto internazionale, 4-7 Aprile 2018, Washington DC, Cambridge, 2019, pp. 334-335; A. Marrone, *How Strong Is NATO's Arm: Commands, Cash, Capabilities and Contributions*, in M. De Leonardis (a cura di), *NATO in the post-Cold War era*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 231-260.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

alla sicurezza nel territorio euro-atlantico. La terza proietta la NATO nelle sue relazioni esterne, con l'obiettivo di elaborare piani di cooperazione internazionale per il mantenimento della pace nei diversi contesti securitari in cui opera l'Organizzazione[58].

Cionondimeno, le tre *core-tasks* appena richiamate non operano una rigida ripartizione tra competenze "interne" e competenze "esterne" della NATO. La *ratio* del Concetto strategico del 2022 è quella di individuare le nuove sfide securitarie per l'Alleanza atlantica, configurando l'Organizzazione quale ente regionale predisposto al mantenimento della pace non solo nel contesto securitario euro-atlantico, ma anche nella sua proiezione globale. In altri termini, la medesima logica che ha condotto ad un ampliamento delle funzioni della NATO nel corso degli ultimi decenni costituisce il presupposto giuridico per comprendere la correlazione tra le diverse questioni securitarie, attraverso una attività di difesa e di deterrenza che non può prescindere dalla gestione delle crisi, né tantomeno dalla sicurezza cooperativa. È in ragione di tali constatazioni che occorre considerare il Concetto strategico nel 2022 quale strumento programmatico che incide giuridicamente sul ruolo e sulle funzioni dell'Alleanza atlantica in uno scenario securitario globale sempre più interconnesso, seppur evidentemente imprevedibile.

[58] V.Y.A. Stivachtis, *op. cit.*, p. 465 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Giuseppe Guarino

Le reazioni degli Stati Uniti allo scoppio della crisi d'Ungheria del 1956: il fallimento del *roll back* di fronte alla rivolta contro l'Unione Sovietica

Sommario: 1. Lo scoppio della crisi d'Ungheria coglie gli Stati Uniti impreparati. – 2. I tentennamenti dei «paladini delle nazioni oppresse» di fronte ai fatti d'Ungheria. – 3. L'attacco sovietico a Budapest: l'appello inascoltato del morente governo ungherese. – 4. La questione rimandata alle Nazioni Unite: il veto sovietico e l'inazione internazionale. – 5. L'impossibilità di un'azione militare americana.

1. *Lo scoppio della crisi d'Ungheria coglie gli Stati Uniti impreparati*

Nell'estate del 1956, negli Stati Uniti, l'idea che solo pochi mesi dopo a Budapest possa scoppiare una rivolta antisovietica è piuttosto remota. In una comunicazione a Washington datata 30 agosto, N. Spencer Barnes, Incaricato d'Affari nella capitale ungherese, fa però riferimento alla possibilità che il governo magiaro possa migliorare gradualmente la propria posizione nei riguardi degli Stati Uniti grazie alla presenza di alcuni spazi di libertà apertisi nella società, maggiori rispetto a quelli dei primi anni di vita della repubblica popolare. Tuttavia, precisa la comunicazione, un cambio di schieramento da parte dell'Ungheria può essere legato soltanto ad una rottura completa delle relazioni tra Budapest e l'Unione Sovietica, giudicata del tutto improbabile[1]. Lo stesso Barnes, in seguito, preciserà che queste sensazioni derivano dai numerosi dibattiti promossi dalle organizzazioni studentesche e dal Circolo Petőfi[2]. Incontri che, secondo il diploma-

[1] *Despatch From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, August 30, 1956*, in *Foreign Relations of United States* (da qui in avanti FRUS), *1955-1957, Eastern Europe*, vol. XXV, United States Government Printing Office, Washington, 1990, pp. 231-241.

[2] Il Circolo Petőfi è stata un'organizzazione nata nel 1954 come organizzazione dei giovani comunisti magiari. Dopo il XX Congresso del Partito Comunista dell'U-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tico statunitense, riescono a ad essere una sorta di fucina del dissenso, aggregando ormai più "non comunisti" che comunisti[3].

Allo scoppio della crisi ungherese, la posizione degli Stati Uniti resta defilata. Da Washington arriveranno una serie di discorsi sulla "liberazione" dell'Ungheria che si riveleranno solo teorici. Il motivo, secondo Henry Kissinger, è dato dalla necessità di scegliere se favorire il processo avviato dalla rivolta o se provocare un massiccio intervento sovietico[4].

Nel momento in cui il corteo studentesco che attraversa le strade di Budapest degenera in un'insurrezione, nella notte tra il 23 e il 24 ottobre, Barnes – in questo momento responsabile della Legazione statunitense a Budapest per via dell'assenza di un capo missione nominato da Washington[5] – chiede al Dipartimento di Stato di mantenere la prudenza e di astenersi dal supportare Imre Nagy, il nuovo capo del governo – reclamato a gran voce dalla folla – appena nominato dal Comitato Centrale del partito[6].

La posizione ufficiale degli Stati Uniti viene suggerita al Dipartimento di Stato dalla Legazione a Budapest dopo il primo intervento dell'Armata Rossa nella capitale magiara, avvenuto il 24 ottobre:

> Gli Stati Uniti considerano i combattimenti in Ungheria come una rinnovata espressione dell'intenso desiderio di libertà del popolo ungherese, a lungo trattenuto. […] Le richieste presentate da studenti e popolazione rientrano chiaramente nell'ambito di quei diritti umani a cui ogni popolo libero ha diritto. Gli Stati Uniti considerano l'intervento delle forze sovietiche e lo spietato assassinio degli ungheresi disarmati come l'ennesimo esempio di continua occupazione dell'Ungheria da parte di forze aliene e nemiche per i propri scopi. L'impiego di tali truppe per

nione Sovietica, le sue attività furono fondamentali per sviluppare il dibattito interno al socialismo ungherese, portando a un nuovo corso che avrebbe fatto da apripista alla rivolta di Budapest. A riguardo, si veda: C. Franchi, *Gli intellettuali ungheresi e il 1956: il Circolo Petőfi*, in «Rivista di studi ungheresi», n. 6, 2007, pp. 83-94.

[3] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 23, 1956,* in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 260-263.

[4] H. Kissinger, *L'arte della diplomazia*, Sperling Paperback, Milano, 2004, p. 431.

[5] V. Sebestyen, *Budapest 1956. La prima rivolta contro l'impero sovietico,* Rizzoli, Milano, 2006, p. 149.

[6] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 23, 1956,* in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 263-265.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> abbattere il popolo ungherese infrange ogni legge morale e dimostra che, per la Russia sovietica, l'Ungheria è semplicemente un possedimento coloniale. […] Quanto accaduto in Ungheria è pari ad un'aggressione armata dell'esercito di una potenza contro il popolo di un'altra. Gli Stati Uniti e il mondo ne attendono l'esito con intenso interesse[7].

Le dichiarazioni ufficiali da parte del governo degli Stati Uniti manterranno sempre questo tenore, senza mai osare minacciare direttamente Mosca neppure sulla possibilità che l'uso della forza possa compromettere i rapporti con Washington[8]. Anche gli altri governi occidentali, consapevoli di avere un limitato margine di manovra, si muoveranno di conseguenza, consci che qualsiasi tipo di intervento militare in Ungheria porta con sé il rischio di scatenare una guerra contro l'URSS[9]. In Italia, ad esempio, se è vero che la crisi magiara riuscirà a scatenare la rottura definitiva tra comunisti e socialisti, il governo Segni (e il ministro degli Esteri, Gaetano Martino) opterà soltanto per un inefficace «iperattivismo» contestatorio in sede ONU[10]. Francia e Gran Bretagna, invece, manterranno la stessa posizione di Washington, non senza difficoltà per via del colpo di mano che tenteranno a Suez nei giorni seguenti[11]. L'unica eccezione è probabilmente data dalla Spagna di Francisco Franco, nella quale l'iniziativa militare verrà addirittura pianificata, ma frenata nelle sue iniziative dal prudente veto americano[12]. Secondo Kissinger, ad ogni modo, la via scelta dalla Casa Bianca sarà la più semplice: rassicurare i sovietici[13].

La sede diplomatica degli Stati Uniti a Budapest, tuttavia, si ritrova sotto assedio, dato che i rivoltosi magiari, convinti dell'appoggio americano, vi si affollano in cerca di supporto. Il 25 ottobre, la Le-

[7] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 24, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 272. La traduzione è mia.

[8] H. Kissinger, *op. cit*., p. 431.

[9] C. Békés, *The 1956 Hungarian Revolution and the Great Powers*, in T. Cox (a cura di), *Hungary 1956 - Forty Years On*, Routledge, London, 1998, pp. 51-66.

[10] G. Guarino, *Il quadro politico italiano di fronte alla crisi d'Ungheria del 1956*, in «Storia e futuro», n. 54, 2021, pp. 75-88.

[11] C. Békés, *op. cit.*, p. 57.

[12] G. Guarino, *La Spagna e la crisi d'Ungheria del 1956*, in Aa.Vv., *Annali del dipartimento di Scienze Politiche 2021,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 233-250.

[13] H. Kissinger, *op. cit.*, p. 431.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

gazione è addirittura costretta a tentare di sedare gli umori popolari, emettendo un annuncio allo stesso tempo in grado di non compromettere gli Stati Uniti né di deludere la folla speranzosa:

> Comprendiamo la situazione, che è stata segnalata al nostro governo nella maniera più completa, per quanto siamo in grado di fare. Capirete che non possiamo prendere alcuna decisione; si tratta di una questione [sulla quale devono decidere] il nostro governo e le Nazioni Unite. Siamo in Ungheria da molti anni e pensiamo di comprendere la situazione[14].

Lo stesso 25 ottobre, il presidente statunitense Eisenhower fa delle dichiarazioni sulle notizie degli sviluppi in Ungheria. Le richieste dei combattenti di Budapest, secondo Ike, devono essere accolte da Mosca in quanto rientranti nell'ambito dei diritti affermati dalla Carta delle Nazioni Unite:

> Gli Stati Uniti deplorano l'intervento delle forze militari sovietiche, che secondo il Trattato di Pace avrebbero dovuto essere già ritirate e la cui presenza in Ungheria, come è ormai dimostrato, non è per proteggere l'Ungheria contro un'aggressione armata dall'estero, ma ha piuttosto il fine di continuare un'occupazione dell'Ungheria da parte delle forze di un governo straniero per seguire i propri scopi. Il cuore dell'America è con il popolo ungherese[15].

Lo stesso giorno, parlando al Madison Square Garden di New York, Eisenhower ribadisce la solidarietà americana agli ungheresi e a tutti i popoli dell'Europa Orientale[16]. I due discorsi, per quanto generici, fanno già intuire che gli Stati Uniti non sono affatto disposti ad intervenire direttamente nel blocco sovietico[17].

[14] *Transcript of a Teletype Conversation Between the Legation in Hungary and the Department of State. Budapest, October 25, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 280-286. La traduzione e il testo tra parentesi sono miei.

[15] D.D. Eisenhower, *Statement by the President on the Developments in Hungary,* in *Public Papers of the President of the United States* (da qui in avanti PPUS), *Dwight D. Eisenhower*, vol. 1956, US Government Printing Office, Washington, 1958, pp. 1018-1019. La traduzione è mia.

[16] D.D. Eisenhower, *Address in Madison Square Garden,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, vol. 1956, cit., p. 1022.

[17] A. Guerra, *Il giorno che Chruščëv parlò. Dal XX Congresso alla rivolta ungherese,* Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 223.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nel corso di una riunione del Consiglio di Sicurezza Nazionale, la mattina del 26 ottobre, il direttore della CIA Allen Dulles afferma che «la rivolta in Ungheria costituisce la minaccia più grave alla prosecuzione del controllo sovietico sui satelliti». L'Unione Sovietica, sostiene, ha inviato i propri carri armati a Budapest per evitare una seconda umiliazione dopo quanto accaduto in Polonia, in quanto la rivolta ungherese ha nel frattempo assunto un carattere più nettamente antisovietico rispetto a quanto non fosse avvenuto a Poznań. L'Urss, secondo Allen Dulles, si trova costretta in questo momento a scegliere tra il ritorno ad uno stalinismo vero e proprio e il favorire riforme che portino ad una democratizzazione del regime ungherese[18]. Eisenhower, però, invece di considerare il rapporto di Allen Dulles come un'opportunità per mettere in atto la "retorica della liberazione"[19], ne coglie i segnali di pericolo, temendo la sua possibile degenerazione in un conflitto nucleare, sebbene sia certo che Mosca non abbia alcun timore di un'invasione da parte delle potenze occidentali[20]. Per questo motivo, l'idea che poi sarà perseguita anche dal Segretario di Stato John Foster Dulles, diventa chiara: cercare di rendere accettabile per l'Unione Sovietica l'idea che l'Ungheria possa "neutralizzarsi" da sola, senza alcun intervento americano volto a trascinarla nel campo occidentale[21]. Tuttavia, pur avendo ottenuto

[18] *Memorandum of Discussion at the 301st Meeting of the National Security Council. Washington, October 26, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 295-296.

[19] La "retorica della liberazione" è una dottrina perseguita dal presidente Eisenhower nei confronti dei paesi del blocco orientale, in sostituzione della precedente, detta della rappresaglia massiccia. Essa rappresenta una sorta di guerra psicologica integrata nella politica di sicurezza nazionale statunitense, nella quale i progetti militari vengono del tutto accantonati, insistendo su strumenti propagandistici per favorire il *roll back* nei Paesi satellite dell'URSS. A riguardo, si veda: G. Bischof, *The Collapse of Liberation Rhetoric: the Eisenhower Administration and the 1956 Hungarian Crisis*, in «Hungarian Studies», vol. 20, n. 1, 2006, pp. 51-63; L. Borhi, *Rollback, Liberation, Containment, or Inaction?: U.S. Policy and Eastern Europe in the 1950s*, in «Journal of Cold War Studies», vol. 1, n. 3, 1999, pp. 67-110.

[20] D. Holloway, V. McFarland, *The Hungarian Revolution of 1956 in the Context of the Cold War Military Confrontation*, in «Hungarian Studies», vol. 20, n. 1, 2006, pp. 31-49.

[21] *Memorandum of a Conversation Between the Secretary of State and the Director of Foreign Operations (Stassen). Washington, October 26, 1956,* in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 305.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

l'assenso di Eisenhower, il Segretario di Stato non avrebbe mai reso pubblica tale intenzione, che probabilmente avrebbe allarmato non poco Mosca[22].

L'interruzione dei collegamenti telegrafici con Budapest, ad ogni modo, porta il Dipartimento di Stato a interpellare Tibor Zádor, Primo Segretario della Legazione magiara negli Stati Uniti, la mattina del 27 ottobre. In un colloquio con il sottosegretario di Stato con delega agli affari politici Robert D. Murphy, Zádor rivela di essere in contatto con l'Ungheria grazie alla Legazione in Gran Bretagna, collegata a sua volta con Budapest via radio. Il diplomatico assicura agli americani che nella capitale magiara – fatta eccezione per piccoli scontri dovuti a gruppi sparsi – non si combatte dal giorno prima. Dal colloquio emerge un generale atteggiamento di condanna nei confronti degli insorti, tanto che il diplomatico magiaro addossa le colpe della crisi a presunti gruppi provocatori di estrema destra. Secondo Zádor, in Ungheria non esiste alcuna «opposizione autentica» al regime. Inoltre, nel colloquio, precisa che le truppe sovietiche presenti sul suolo ungherese non hanno mai aperto il fuoco né sui manifestanti né sui rivoltosi, avendo esse agito in maniera del tutto legale e «su richiesta del governo ungherese ai sensi delle disposizioni del Patto di Varsavia». Alle osservazioni di Zádor, Murphy risponde assicurando l'invio da parte degli Stati Uniti – tramite la Croce Rossa Internazionale – di aiuti sotto forma di forniture mediche e altri materiali di soccorso[23].

Lo stesso 27 ottobre, John Foster Dulles tiene un discorso a Dallas nel quale assicura il supporto morale americano a quei Paesi che vorranno rompere i rapporti con Mosca, senza tuttavia offrire alcun aiuto materiale in tale percorso[24]:

> Un'altra intensa preoccupazione della nostra politica estera riguarda le nazioni prigioniere del mondo. Avevamo visto la Seconda guerra mondiale come una guerra di liberazione. La Carta Atlantica e la Dichiarazione delle Nazioni Unite impegnano tutti gli alleati a ripristinare i

[22] D. Holloway, V. McFarland, *op. cit.*, pp. 42-45.

[23] *Memorandum of a Conversation, Department of State. Washington, October 27, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 313-315.

[24] H. Kissinger, *op. cit*., p. 431.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> diritti sovrani di autogoverno a coloro ai quali ne erano stati privati con la forza, e a riconoscere il diritto di tutti i popoli di scegliere la forma di governo sotto la quale avrebbero vissuto. Purtroppo, questi impegni sono stati violati, e in Europa Orientale ad una forma di conquista ne è stata semplicemente sostituita un'altra. […] L'eroico popolo dell'Ungheria sfida il fuoco omicida dei carri armati dell'Armata Rossa. […] Gli Stati Uniti non hanno lo scopo ulteriore di desiderare l'indipendenza dei paesi satelliti. Il nostro puro desiderio è che a questi popoli – dai quali deriva tanto della nostra vita nazionale – venga restituita la sovranità e che essi abbiano governi di loro libera scelta. Noi non consideriamo queste nazioni come potenziali alleati militari. Le vediamo come amici e come parte di un'Europa nuova e accogliente e non più divisa. Siamo sicuri che la loro indipendenza, se prontamente accordata, contribuirà enormemente a stabilizzare la pace in tutta Europa, Occidentale ed Orientale[25].

Kissinger, a riguardo, fa notare che l'aiuto promesso dal Segretario di Stato non è necessariamente condizionato all'adozione di un sistema occidentale democratico-liberale, quanto piuttosto da un semplice allontanamento dall'Unione Sovietica, sull'esempio di quanto già fatto dalla Jugoslavia di Tito. Ad ogni modo, quella che viene considerata una presa di distanza dal *rollback* delle repubbliche popolari è in realtà, secondo Kissinger, una sorta di avvertimento a Mosca, in un parallelo con quanto accaduto nel 1948, quando l'Unione Sovietica impose ai suoi satelliti di non partecipare al piano Marshall per paura di una loro caduta nella rete occidentale[26].

2. *I tentennamenti dei «paladini delle nazioni oppresse» di fronte ai fatti d'Ungheria*

Il 27 ottobre, la Legazione americana a Budapest trasmette al Dipartimento di Stato un telegramma nel quale auspica che «il governo degli Stati Uniti conduca e faccia vigorose pressioni alle Nazioni Unite riguardo al caso ungherese e usi tutta la sua influenza per mobilita-

[25] *Address by the Secretary of State Before the Dallas Council on World Affairs, October 27, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 317-318. La traduzione è mia.

[26] H. Kissinger, *op. cit*., pp. 431-432.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

re l'opinione pubblica mondiale contro la soppressione spietata degli insorti ungheresi dal potere sovietico»[27].

Lo stesso giorno, gli Stati Uniti si appellano per la prima volta all'ONU, senza troppa convinzione. Il Consiglio di Sicurezza verrà infatti chiamato a votare soltanto il 4 novembre, dopo che i sovietici avranno già attaccato l'Ungheria con la cosiddetta "Operazione Turbine"[28]. Alla base della scelta di portare il caso all'attenzione delle Nazioni Unite c'è però la necessità politica di non disattendere del tutto le aspettative degli insorti ungheresi e degli anticomunisti di tutto il mondo. Gli Stati Uniti, auto-elettisi «paladini delle nazioni oppresse», non possono mostrarsi completamente inattivi di fronte a un evento del genere[29].

In realtà, il Dipartimento di Stato americano aveva sondato il campo prima di prendere l'iniziativa direttamente, chiedendo agli alleati minori se ci fosse qualcuno disposto ad agire in tal senso[30]. Inglesi e francesi si erano mostrati riluttanti a presentare una richiesta congiunta, in quanto temevano che potesse costituire un precedente in previsione della loro azione congiunta in Egitto. Tuttavia, dato che nessuna delle due potenze europee aveva informato gli USA circa i progetti sul Medio Oriente, alla fine presenteranno la richiesta al Consiglio di Sicurezza congiuntamente agli americani[31]. Da parte comunista, essa viene ritenuta subito un'indebita interferenza negli affari interni da parte delle potenze occidentali, scatenando le proteste del rappresentante ungherese presso l'ONU, Péter Kos[32].

Nel frattempo, in Ungheria, Radio Free Europe[33], sin dai primi momenti della crisi schierata in favore degli insorti, tanto che comin-

[27] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 310-313. La traduzione è mia.

[28] H. Kissinger, *op. cit.*, p. 431.

[29] C. Békés, *op. cit*., pp. 56-57.

[30] *Memorandum of Discussion at the 301st Meeting of the National Security Council, Washington, October 26, 1956, 9-10:42 a.m.*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 297-298.

[31] C. Békés, *op. cit.*, p. 58.

[32] J. Radványi, *Hungary and the Superpowers,* Hoover Institution Prints, Stanford (CA), 1972, p. 9.

[33] Radio Free Europe è un'emittente radiofonica fondata dal Congresso degli Stati Uniti nel 1949, con lo scopo di promuovere i valori e le istituzioni democratiche nei paesi dell'Est Europa. Cfr. R.H. Cummings, *Cold War Radio. The Dangerous History of American Broadcasting in Europe, 1950-1989*, McFarland & Co., London, 2009.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

cia a trasmettere in lingua ungherese con puntuali resoconti sul succedersi degli eventi[34] e continue incitazioni a prendere le armi anche contro i mutamenti susseguitisi alla nomina di Nagy, considerato un «cavallo di Troia», un'arma sfoderata dal regime per rimanere saldamente al suo posto[35].

Ripristinate le comunicazioni con l'Ungheria, il 28 ottobre Barnes riporta al Dipartimento di Stato di aver tentato una breve azione esplorativa al fine di fermare lo spargimento di sangue, cercando un punto di incontro tra gli insorti e il nuovo governo di Nagy, trovandosi però di fronte a un'opposizione di quest'ultimo, che non ha alcuna intenzione di negoziare con i ribelli[36].

Gli Stati Uniti, nel frattempo, devono però confrontarsi anche con un'ulteriore conseguenza della crisi: il crescente numero di profughi che, attraversando la frontiera, tenta di rifugiarsi in Austria. Di fronte all'emergenza umanitaria, Vienna accusa il governo americano di inerzia e incapacità di svolgere un'azione efficace, dopo aver incitato i ribelli alla rivolta tramite i suoi strumenti radiofonici[37]. Più tardi, però, l'Austria richiederà ufficialmente il supporto americano e di tutto il blocco occidentale nella gestione e nella redistribuzione dei rifugiati[38].

Il 29 ottobre, Dulles comunica ad Eisenhower che la situazione ungherese va raffreddandosi, concordando sull'opportunità di inviare un messaggio privato ai sovietici per stemperare le tensioni dopo il discorso di Dallas. La comunicazione, però, deve essere mantenuta segreta, in quanto, qualora dovesse trapelare, potrebbe essere vista dai popoli dell'Est Europa come un tradimento[39]. Dulles procede dun-

[34] A. Felkay, *Hungary and the USSR, 1956-1988. Kadar's Political Leadership,* Greenwood Press, Westport (CT), 1989, p. 70.

[35] F. Argentieri, L. Gianotti, *L'ottobre ungherese,* Levi, Roma, 1986, p. 144.

[36] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 28, 1956,* in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 319-320.

[37] *Telegram From the Embassy in Austria to the Department of State. Vienna, October 28, 1956,* in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 319.

[38] *Memorandum From the Deputy Under Secretary of State for Political Affairs (Murphy) to the Secretary of State. Washington, October 29, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 326-327.

[39] *Memorandum of a Telephone Conversation Between the President and the Secretary of State, Washington, October 29, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 321-322.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

que all'invio di un telegramma a Bohlen, ambasciatore statunitense in Unione Sovietica, nel quale comunica che gli Stati Uniti sono sul punto di inviare al ministro della Difesa Žukov una dichiarazione politica riservata di alto livello, che non dovrà assolutamente «emergere pubblicamente come un'iniziativa attribuibile a Washington»[40]. Il 30 ottobre, Bohlen riporterà quanto avvenuto durante questo incontro con Molotov e Žukov. Il giudizio di quest'ultimo sulla nuova presa di posizione americana è chiaro: la trova «difficilmente conciliabile con l'incoraggiamento del Presidente ai ribelli in Ungheria, pensando che rappresentino un'interferenza negli affari interni ungheresi». A tali parole, Bohlen racconta di aver risposto in questo modo: «la dichiarazione del Presidente era generale e riflette i sentimenti del popolo americano e in ogni caso le parole fanno danni inferiori ad un intervento di proiettili»[41]. Con il conseguente silenzio di Žukov, il messaggio sembra essere giunto dritto e chiaro: riguardo all'Ungheria, gli Stati Uniti si muoveranno soltanto sul piano retorico, senza alcuna intenzione di dar vita a un intervento di tipo militare[42].

Lo stesso 30 ottobre, Barnes comunica a Washington che la situazione è in fase di stallo. Formando un governo pluralistico, Nagy si è posto a metà via tra gli insorti e l'Unione Sovietica, mettendo in discussione la sua stessa permanenza alla testa dell'esecutivo. La situazione, nel migliore dei casi e con un appoggio diretto delle potenze occidentali alle forze nazionaliste, può essere quella di una "finlandizzazione" dell'Ungheria. Tuttavia, il telegramma si conclude esprimendo la convinzione che, per gli ungheresi e per gli altri popoli dell'Europa Orientale, l'URSS non sarà mai disponibile a lasciare aperta alcuna porta di dialogo. Di fatto, dunque, l'unico sviluppo credibile rimane la repressione[43]. Di fronte a questi sviluppi, la posizione americana rimane defilata: John Foster Dulles tiene sospeso ogni giudizio nei confronti di Nagy, nonostante questi abbia promesso il

[40] *Telegram From the Department of State to the Embassy in the Soviet Union. Washington, October 29, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 328.

[41] *Telegram From the Embassy in the Soviet Union to the Department of State. Moscow, October 30, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 347-348.

[42] D. Holloway, V. McFarland, *op. cit.*, p. 44.

[43] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 30, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 340-341.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ritiro dei contingenti militari sovietici dall'Ungheria[44]. Eisenhower, invece, continua a pronunciare discorsi nei quali esprime generica vicinanza e sostegno all'«anelito di libertà» proveniente dall'Ungheria, pur continuando ad escludere un intervento diretto a supporto degli insorti[45].

In quest'ultimo passaggio risiedono i limiti di Washington: da un lato, gli americani considerano Nagy non diverso da coloro che lo hanno preceduto né dai sovietici; dall'altro, la rivolta viene marchiata come necessariamente anticomunista e non come fautrice di una forma diversa di socialismo. Nella realtà, Nagy mira invece a costruire un sistema di stampo jugoslavo, laddove i rivoltosi tengono gli occhi puntati alla svolta di Gomułka in Polonia. In ogni caso, un percorso verso una "via nazionale" al socialismo. La visione americana, invece, rimarrà ristretta ai termini della propaganda anticomunista e antisovietica, senza lasciare quindi ulteriori spazi per una soluzione politica di altra natura[46].

Il 30 ottobre, il National Intelligence Council presenta a Washington un rapporto straordinario sui possibili sviluppi nell'Europa dell'Est. In esso si ritiene «improbabile che qualsiasi governo ungherese sarà in grado di raggiungere un compromesso tra le esigenze di sicurezza dei sovietici e il sentimento nazionalista del popolo magiaro». Viene quindi previsto che l'Urss ripristinerà presto l'ordine, riconducendo Budapest all'ovile tramite la forza militare e senza accettare la nascita di un'Ungheria non comunista e indipendente. Una vittoria politica degli insorti, invece, viene giudicata come potenzialmente in grado di creare una crisi interna al PCUS, destabilizzando la posizione di Chruščëv. Il NIC ritiene inoltre che, riguardo alla crisi magiara, la «leadership sovietica versa in uno stato di confusione» ma è sicuramente cosciente che il raffreddamento dei rapporti tra le potenze occidentali in seguito ai fatti di Suez[47] possa offrirle mag-

[44] *Circular Telegram From the Department of State to All Diplomatic Missions. Washington, October 30, 1956*, in *FRUS, 1955-1957,* cit., pp. 344-345.

[45] D.D. Eisenhower, *Address at the Imeson Field Airport, Jacksonville, Florida*, in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., pp. 1052-1053.

[46] D. Pommier Vincelli, *Il 1956 e la guerra fredda: nuove prospettive storiografiche*, in «Rivista di studi ungheresi», n. 6, 2007, pp. 111-115.

[47] Il 29 ottobre, lo sguardo del mondo si sposta da Budapest a Suez a causa

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

giore libertà di azione in tutta la zona satellite. Viene ritenuta quindi alquanto improbabile la possibilità che l'Armata Rossa non sia pronta a sferrare un attacco a Budapest, consolidando il sistema di potere dell'Unione Sovietica ma demolendo la credibilità nella propaganda anticolonialistica messa in atto da Mosca[48].

La Legazione americana a Budapest, nonostante il rapporto, il giorno dopo accoglie a braccia aperte l'avvenuto ritiro delle truppe sovietiche dalla capitale ungherese, auspicando cambiamenti concreti in seno al governo magiaro, nonché nel futuro ruolo degli Stati Uniti nella repubblica popolare che, tramite un programma di aiuti diretti, viene ritenuto in grado di aprire la strada ad un dibattito politico ed economico più ampio[49].

Il 31 ottobre, Eisenhower tiene un nuovo discorso radio-televisivo nel quale auspica l'autogoverno e l'indipendenza degli Stati satellite dell'URSS. In esso, tuttavia, Ike adotta un tono ancor più conciliante, accennando che gli Stati Uniti non faranno mai ricorso alla forza per reprimere un eventuale intervento sovietico in Ungheria[50]:

> Dopo la Seconda Guerra Mondiale, l'Unione Sovietica ha usato la propria forza militare per imporre sulle nazioni dell'Europa Orientale governi scelti dai sovietici, servi di Mosca. È stata una politica coerente degli Stati Uniti – indipendentemente dal partito politico – cercare di porre fine a tale situazione. Abbiamo cercato di rispettare l'impegno preso dalle Nazioni Unite durante la guerra, ossia che questi Paesi potessero conoscere di nuovo la sovranità e l'autogoverno. Non possiamo, naturalmente, attuare questa politica tramite il ricorso alla forza. Tale forza sarebbe contraria sia agli interessi dei popoli dell'Europa Orientale che ai principi consolidati delle Nazioni Unite. Ma noi contribuiamo a mantenere viva la speranza di questi popoli per la libertà. […] Tutto il mondo è stato a guardare gli eventi drammatici in Ungheria, dove questo popolo coraggioso, come spesso in passato, ha offerto la propria stessa

dell'occupazione militare del canale da parte di Francia, Regno Unito e Israele, pur con l'opposizione degli Stati Uniti. Cfr. S.I. Troen, *The Protocol of Sèvres: British/French/Israeli Collusion Against Egypt*, in «Israel Studies», vol. 1, n. 2, 1956, pp. 122-139.

[48] *Special National Intelligence Estimate. Washington, October 30, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 330-335. La traduzione è mia.

[49] *Telegram From the Legation in Hungary to the Department of State. Budapest, October 30, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., p. 350.

[50] H. Kissinger, *op. cit*., p. 432.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> vita per l'indipendenza dai padroni stranieri. Oggi, a quanto pare, una nuova Ungheria sta emergendo da questa lotta, un'Ungheria che, dai nostri cuori, speriamo possa conoscere una piena e libera indipendenza[51].

Nel discorso, Eisenhower conferma quanto già affermato da Dulles a Dallas, ossia che gli Stati Uniti sono disponibili ad assistere economicamente tali governi senza imporre loro una transizione democratica o un particolare tipo di società. Gli Stati Uniti, ribadisce, non vedono i Paesi dell'Europa dell'Est come potenziali alleati militari ma «come popoli amici»[52]. Continua così a tenersi alla finestra, mantenendo un atteggiamento accomodante, ignorando sia gli appelli degli insorti ungheresi che le continue incitazioni di *Radio Free Europe* allo stesso popolo magiaro[53].

Agli Stati Uniti è chiaro che l'Unione Sovietica è disposta ad usare le sue forze armate per impedire l'avvento di un governo non comunista, o per impedire a un governo come quello di Nagy di alterare il sistema di sottomissione politica e militare a Mosca. Tuttavia, l'apertura alle vie nazionali del XX Congresso sembra ancora in grado di portare nuovi sviluppi, sull'esempio polacco. Da qui l'invito del Consiglio di Sicurezza Nazionale all'Amministrazione di tenere in considerazione la possibilità di proporre al Consiglio di Sicurezza ONU una soluzione che preveda una neutralità ungherese sul modello austriaco, ben diversa dalla linea tracciata a Dallas[54]. Quest'ultimo è invece convinto che i sovietici non cederanno e che l'Ungheria rappresenti il banco di prova della disponibilità di Mosca alle richieste di neutralità e di indipendenza dei paesi satellite[55].

Il discorso di Eisenhower viene però visto diversamente da Mosca: l'Unione Sovietica teme un rovesciamento interno del fronte delle alleanze, con l'Ungheria pronta ad abbandonare il Patto di

[51] D.D. Eisenhower, *Radio and Television Report to the American People on the Developments in Eastern Europe and the Middle East,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., pp. 1060-1061. La traduzione è mia.

[52] *Ivi*, p. 1062.

[53] H. Kissinger, *op. cit*., p. 433.

[54] *Draft Statement of Policy by the Planning Board of the National Security Council. Washington, October 31, 1956*, in *FRUS, 1955-1957,* cit., pp. 354-358.

[55] *Circular Telegram From the Department of State to Certain Diplomatic Missions. Washington, November 2, 1956*, in *FRUS, 1955-1957,* cit., pp. 366-367.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Varsavia, nonostante la rinuncia alla forza annunciata dal Presidente americano[56].

3. *L'attacco sovietico a Budapest: l'appello inascoltato del morente governo ungherese*

La sera del 1° novembre, Nagy annuncia l'uscita dell'Ungheria dal Patto di Varsavia. Lo fa lanciando un appello alle Nazioni Unite che rimarrà del tutto inascoltato sia dagli Stati Uniti che dalle altre potenze occidentali[57]. Il 2 novembre, Eisenhower autorizza quello che sarà il solo supporto concreto degli Stati Uniti all'insurrezione ungherese: uno stanziamento di 20 milioni di dollari in cibo e altri aiuti umanitari[58], al quale seguirà l'accoglienza di cinquemila profughi[59].

Il 3 novembre, Bohlen avvisa il Dipartimento di Stato di un mutato atteggiamento di Žukov, soddisfatto e meno frustrato, subodorando il nuovo invio di truppe sovietiche in Ungheria. Nel frattempo, la stampa e la radio sovietiche hanno già cominciato a parlare del governo di Nagy come «contro-rivoluzionario». Nel suo telegramma, Bohlen riporta le parole di Bulganin, capo del governo di Mosca. Rispetto ai movimenti verso Budapest, Bulganin ha mentito all'ambasciatore, riferendo che «non corrispondono alla realtà». L'uso della forza per mantenere l'Ungheria nel campo socialista viene però data ormai per scontata, sebbene con numerosi dubbi rispetto ai suoi tempi di esecuzione[60].

L'attacco sovietico del 4 novembre emerge dalla trascrizione di una conversazione telefonica tra la Legazione in Ungheria e il Dipartimento di Stato[61]. Il morente governo ungherese presenta così un'ultima richiesta d'aiuto agli Stati Uniti:

[56] H. Kissinger, *op. cit*., p. 433.

[57] *Ivi,* p. 434.

[58] D.D. Eisenhower, *Statement by the President on Authorizing Food and Other Relief for the Hungarian People,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., p. 1074.

[59] D.D. Eisenhower, *Statement by the President Concerning the Admission of Refugees From Hungary,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., p. 1093.

[60] *Telegram From the Embassy in the Soviet Union to the Department of State. Moscow, Novembre 3, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 370-371.

[61] *Transcript of a Teletype Conversation Between the Legation in Hungary and the Department of State, November 3-4, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 375-386.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> L'Ungheria, nella sua attuale ed eccezionalmente difficile situazione, si rivolge con particolare fiducia all'amore per la pace, la saggezza ed il coraggio, che il Presidente ha spesso mostrato con fermezza. Anche se gli ungheresi sono determinati a resistere disperatamente all'attacco che stanno subendo, non c'è dubbio che, in questa lotta impari, se non riceveranno aiuti saranno sconfitti. In questo momento il tipo di aiuto maggiormente necessario è politico e non militare. […] L'assoggettamento dell'Ungheria […] sarebbe anche il fallimento della decennale politica di liberazione americana, perseguita con tanta fermezza e saggezza. Si creerebbe una crisi della fiducia negli Stati Uniti (e negli altri paesi) nutrita da tutti i popoli dell'Est Europa. […] Questo è il momento storico a cui sia il presidente Eisenhower che il Segretario di Stato Dulles si riferivano nei loro discorsi, quando dicevano che solo rischiando una guerra mondiale può essere scongiurato lo scoppio di una nuova guerra mondiale. Senza tentare in alcun modo di dare consigli, non possiamo rinunciare a portare all'attenzione del Presidente la possibilità che, tenendo conto delle conseguenze più difficili, egli potrebbe da un lato portare le potenze occidentali a porre fine all'intervento egiziano, agendo da intermediario in un armistizio e dall'altro potrebbe chiedere all'Unione Sovietica di ritirare rapidamente le sue truppe dall'Ungheria. […] Vogliamo sottolineare con forza che in questo momento il destino dell'Europa Orientale e del mondo intero dipende dall'azione del Presidente; I prossimi giorni critici determineranno se entreremo in un cammino di pace e di liberazione o se [procederemo] verso una certa catastrofe mondiale[62].

Il Dipartimento di Stato risponde al messaggio segnalando che la questione sarà discussa in giornata presso il Consiglio di Sicurezza dell'ONU[63].

Lo stesso 4 novembre, Eisenhower e Dulles incontrano il Direttore della CIA per stabilire le vie e da intraprendere per favorire il ritiro delle truppe dell'Armata Rossa da Budapest e, di conseguenza, affermare il diritto all'autodeterminazione e all'autogoverno dell'Ungheria. L'incontro, nel quale si parla anche della situazione mediorientale, si concluderà con l'invio di un messaggio a Bulganin[64], nel quale

[62] *Ibidem.* La traduzione è mia.

[63] *Ibidem.*

[64] D.D. Eisenhower, *Statement by the President on the Use of Soviet Forces in Hungary,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., p. 1076.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

il Presidente americano si dirà sconvolto per l'inversione di marcia posta in atto dall'Unione Sovietica dopo il 30 ottobre. Accuserà inoltre Mosca di aver ingannato gli ungheresi e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite tramite la conduzione di falsi negoziati per il ritiro delle truppe, durante i quali è invece partito l'attacco. Ma il messaggio evita accuratamente di minacciare concretamente Bulganin, rimandando la soluzione della questione ad una riunione d'emergenza dell'Assemblea delle Nazioni Unite, concludendo: «è mia speranza che il vostro rappresentante sarà in grado di annunciare alla sessione di oggi che l'Unione Sovietica si prepara a ritirare le sue forze da quel paese, per consentire al popolo ungherese di godere del diritto ad un governo di loro scelta»[65]. Rilasciando il testo di questa lettera, la Casa Bianca rivelerà anche che, prima di inoltrarla, Eisenhower ha ricevuto da Bulganin un ulteriore messaggio che «in un evidente tentativo di distogliere l'attenzione mondiale dalla tragedia ungherese», presenta «l'impensabile suggerimento» di inviare in Egitto truppe congiunte USA-URSS per fermare i combattimenti e risolvere la contestuale crisi di Suez[66].

4. *La questione rimandata alle Nazioni Unite: il veto sovietico e l'inazione internazionale*

La questione, nel momento della ripresa di Budapest da parte dell'Unione Sovietica, diventa una grana esclusiva degli organi delle Nazioni Unite. Dal 27 ottobre al 3 novembre i rappresentanti delle tre potenze occidentali presso le Nazioni Unite – Henry Cabot Lodge per gli Stati Uniti, Bernard Cornut-Gentille per la Francia e Pierson Dixon per la Gran Bretagna – avevano tenuto colloqui segreti a riguardo[67]. Fino al 29 ottobre (data dell'attacco israeliano in Egitto), Gran Bretagna, Francia e Stati Uniti si erano trovate concordi sulla strategia da adottare. Al fine di promuovere l'immagine dell'azione tripartita

[65] D.D. Eisenhower, *Message to Nikolai Bulganin, Chairman, Council of Ministers, U.S.S.R., Urging Withdrawal of Soviet Forces From Hungary,* in *PPPUS, Dwight D. Eisenhower*, cit., pp. 1080-1082. La traduzione è mia.

[66] *Ibidem.*

[67] J. Radványi, *op. cit.*, p. 8.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

congiunta, gli statunitensi, ignari dei piani segreti dei loro alleati, avevano anche accettato le riserve di inglesi e francesi[68], tra le quali la richiesta di non dar vita ad una commissione d'inchiesta *ad hoc*[69].

Dopo il 29 ottobre la situazione muta completamente: gli Stati Uniti assumono un nuovo atteggiamento nei confronti degli alleati europei che sperano invece di rimandare la discussione del caso ungherese (e di conseguenza di quello egiziano) dal Consiglio di Sicurezza all'Assemblea, dove ritengono più semplice difendere le proprie posizioni. A partire da questo momento, però, per Dulles ed Eisenhower la questione magiara passa in secondo piano rispetto a Suez. Al contrario, inglesi e francesi cominciano a premere per un intervento urgente in Ungheria. Il braccio di ferro si concluderà con il riconoscimento, da parte di Francia e Gran Bretagna, della maggiore autorità statunitense sul tema ungherese, lasciando le decisioni in mano al rappresentante americano[70]. I sovietici, invece, comunicano semplicemente che non c'è «alcuna necessità di riunione, nessuna situazione esistente» su cui basare la convocazione del Consiglio di Sicurezza[71]. Gli Stati Uniti, già certi del veto da parte di Mosca, cominciano quindi a sperare che, portando il caso ungherese all'Assemblea Generale, possano ricavare visibilità e appoggio da parte dell'opinione pubblica[72].

Quando il 4 novembre il Consiglio di Sicurezza viene chiamato ad esprimersi su una risoluzione che chiede il ritiro delle truppe sovietiche, il rappresentante URSS, Arkady Sobolev, esercita appunto il diritto di veto[73]. Inoltre, alla richiesta di notizie circa il secondo intervento dell'Armata Rossa a Budapest, Sobolev dichiarerà che la sua delegazione non ha ricevuto notizie ufficiali a riguardo, tentando così di rimandare ulteriormente la riunione del Consiglio. Per aggirare il veto sovietico, Lodge opta dunque per presentare una proposta su una risoluzione simile all'Assemblea Generale, utilizzando la pro-

[68] C. Békés, *op. cit*., pp. 58-60.

[69] *Telegram From the Mission at the United Nations to the Department of State. New York, October 27, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 315-316.

[70] C. Békés, *op. cit.,* pp. 58-60.

[71] *Telegram From the Mission at the United Nations to the Department of State. New York, October 27, 1956*, cit., p. 316.

[72] *Notes on the 42d Meeting of the Special Committee on Soviet and Related Problems, Washington, November 1, 1956*, in *FRUS, 1955-1957*, cit., pp. 359-363.

[73] H. Kissinger, *op. cit.,* p. 435.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

cedura *Uniting for Peace*[74]. In essa viene affermato il diritto dell'Ungheria all'indipendenza e chiesto l'invio di osservatori ONU a Budapest. La risoluzione viene approvata con 50 voti a favore, 8 contrari (quelli del blocco sovietico) e 15 astensioni, provenienti dal gruppo dei non-allineati, India e Jugoslavia compresi. Lo stesso giorno viene approvata anche una risoluzione sulla crisi in Egitto ma, mentre questa entrerà subito in vigore, quella riguardante l'Ungheria finirà per essere ignorata[75]. L'Unione Sovietica e il nuovo governo ungherese non daranno alcun credito né seguito alle risoluzioni delle Nazioni Unite, continuando a sostenere la tesi dell'indebita ingerenza negli affari interni della repubblica magiara. Inoltre, forte del fatto che difficilmente il sistema di sicurezza collettiva possa operare contro una delle due superpotenze, il Cremlino si ritrova praticamente incontrastato nella restaurazione del regime ungherese[76].

5. *L'impossibilità di un'azione militare americana*

Nelle sue memorie, Eisenhower fa risalire il mancato sostegno militare all'Ungheria a due principali fattori: uno politico e uno geografico. *In primis*, con Gran Bretagna e Francia impegnate a Suez, appariva «impensabile» un intervento delle truppe americane con il solo eventuale supporto di italiani e tedeschi occidentali. In secondo luogo, la posizione geografica dell'Ungheria non appariva certo favorevole: priva di uno sbocco sul mare, era circondata soltanto da stati ostili o neutrali. In tale contesto, dunque, un eventuale invio di truppe americane avrebbe coinciso con l'inizio di una nuova guerra mondiale. L'atteggiamento di Eisenhower fu quindi eccessivamente prudente per via del pericolo di una escalation verso un conflitto nucleare[77]. Inoltre, non bisogna sottovalutare il fatto che il 1956 era un anno elettorale e Ike correva per una rielezione, il che lo rendeva ancora più cauto nelle scelte di politica estera[78].

[74] J. Radványi, *op. cit.*, pp. 15-16.
[75] H. Kissinger, *op. cit.*, p. 435.
[76] J. Radványi, *op. cit.*, p. 16.
[77] D. Holloway, V. McFarland, *op. cit.*, pp. 31-32.
[78] F. Argentieri, L. Gianotti, *op. cit*., p. 144.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

La soppressione della rivolta ungherese dimostrava che l'Unione Sovietica avrebbe lottato con la forza pur di mantenere la sua sfera d'interessi, rendendo vani tutti i discorsi americani riguardo a un eventuale *roll back* dell'Est Europa. Gli Stati Uniti, invece, avevano palesato il divario tra quanto proclamato e quanto effettivamente fossero disposti a sostenere[79]. Con Budapest e Suez, le due superpotenze si videro relegate a gestire le rispettive crisi all'interno delle reciproche zone d'influenza[80]. Gli Stati Uniti, infatti, pur criticandone le modalità d'azione e repressione, non avevano mai messo in dubbio che la questione fosse di pertinenza di Mosca[81].

[79] H. Kissinger, *op. cit*., pp. 426-435.

[80] S. Nicolosi, *L'Ungheria tra Est ed Ovest: la rivoluzione del'56 alla luce delle relazioni internazionali dell'epoca*, in «Rivista di studi ungheresi», n. 6, 2007, p. 109.

[81] D. Pommier Vincelli, *op. cit.*, p. 113.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Maria Cristina Ivaldi

A proposito della interpretazione estensiva della legge sul divieto dei simboli religiosi nella scuola in Francia

Sommario: 1. Brevi annotazioni preliminari circa il principio di laicità in Francia. – 2. Il caso dell'*abaya* e del *qamis* e l'interpretazione estensiva della legge sui simboli religiosi nella scuola. – 3. Considerazioni interlocutorie a proposito delle prospettive evolutive dell'ordinamento nella materia *de qua*.

1. *Brevi annotazioni preliminari circa il principio di laicità in Francia*

Il sistema giuridico francese, come è noto, è sempre stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina ecclesiasticistica italiana, anche per la sua specificità in materia di trattamento riservato alla religione da parte del Legislatore[1].

La Francia, infatti, fin dalla legge del 9 dicembre 1905[2] – sulla base

[1] Per limitarci al livello monografico v., spec., L. Governatori Renzoni, *La separazione fra Stato e Chiese in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 367; P. Cavana, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma, 1998, pp. 432 nonché v. A. Ferrari, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e in Francia*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 536.

Per una ricostruzione dell'attitudine francese a proposito del fattore religioso v., tra gli altri, G. Calves, *La laïcité*, La Découverte, Paris, 2022, p. 113; P. Weil, *De la laïcité en France*, Gallimard, Paris, 2022, pp. 144; R. Schwarz, *Un siècle de laïcité*, Berger-Levrault, Paris, 2007, pp. 204; J. Baubérot, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Le Seuil, Paris, 2004, pp. 288; J.P. Costa, G. Bedouelle, *Les laïcité à la française*, PUF, Paris, 1998, pp. 265 e M. Barbier, *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 311.

[2] La *Loi du 9 décembre concernant la séparation des Églises et de l'État*, altrimenti nota come *loi séparation*, può leggersi – come tutte le altre norme citate nel testo – sul portale del diritto francese *Legifrance. Le service public de la diffusion du droit* disponibile *online* all'indirizzo *https://www.legifrance.gouv.fr, ove si può avere accesso anche alla giurisprudenza*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

del riconoscimento della libertà di coscienza e del libero esercizio dei culti, con le sole restrizioni previste nell'interesse pubblico (art. 1) – «ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte» (art. 2)[3]. Proprio a partire dalla c.d. *loi séparation* l'ordinamento francese si è dato un assetto che prevede una netta distinzione tra ciò che attiene alla religione e ciò che è di pertinenza statale[4]. Separazione che, negli anni e a partire dalla Costituzione della Quarta Repubblica del 1946, vede la codifica del principio di laicità[5], per poi declinarsi altresì come regola di neutralità della funzione pubblica[6].

La separazione legislativa e la laicità costituzionale non hanno tuttavia impedito l'emanazione di diverse misure legislative che han-

[3] Termine *cult* che non va inteso in senso dispregiativo come è, invece, per l'anglosassone "cult".

Per una eccezione al divieto di finanziamento cfr. l'art. 2, comma secondo, della stessa legge che fa una espressa deroga per i capitoli di spesa relativi ai servizi di cappellania, volti ad assicurare il libero esercizio della religione nelle scuole residenziali, negli ospedali e nelle prigioni.

[4] Prodromi della separazione di inizio Novecento sono senz'altro ravvisabili, soprattutto in ambito scolastico, nelle leggi della seconda metà dell'Ottocento attraverso le quali si perviene a una progressiva espunzione dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche.

[5] Principio ora previsto dall'art. 1 della Costituzione del 1956 (Quinta Repubblica), ai sensi del quale «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances».

Principi di *séparation* e *laïcité* che tuttavia non sono senza deroghe o accomodamenti come è in taluni casi per i territori d'oltremare e per i tre dipartimenti della Francia metropolitana dell'*Haut Rhin*, *Bas Rhin* e *Moselle* dove, in virtù della loro afferenza alla Germania nel periodo 1870-1918, la legge 9 dicembre 1905 non trova applicazione e vige ancora, *in primis*, il Concordato napoleonico del 1801 e un sistema di culti riconosciuti. Per una ricostruzione a tutto tondo del diritto francese in materia religiosa v. F. Messner, P.H. Prélot, J.M. Woehrling, *Traité de droit français des religions*, II ed., LexisNexis, Paris, 2013, *passim*.

[6] A proposito della relativa disciplina v. *https://www.fonction-publique.gouv.fr/etre-agent-public/mes-droits-et-obligations/laicite-et-neutralite-de-la-fonction-publique*. Principio di neutralità la cui applicazione è dapprima estesa anche ai delegati di servizio pubblico per poi trovare applicazione anche in ambito privato – in seguito al celeberrimo caso *Baby Loup* – con la previsione di una disposizione del *code du travail* che autorizza l'impresa privata a sancire espressamente l'obbligo di neutralità nei propri regolamenti interni (art. L. 1321, introdotto dall'art. 2 della legge n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016).

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

no tenuto in considerazione la specificità di alcune situazioni particolari, quali quella relativa alle scuole confessionali, in certa misura finanziate dalla celebre legge Debré del 31 dicembre 1958[7].

Non è questa certo la sede per una attenta ricostruzione e analisi di quella che – prendendo impropriamente in prestito il linguaggio proprio dell'approccio italiano – potremmo definire come politica ecclesiastica francese[8]. Certo è che l'equilibrio tra separazione e laicità, da un lato, e il riconoscimento dei diritti di libertà ed eguaglianza in materia religiosa, dall'altro, si è venuto ad alterare proprio a partire dalla fine degli anni '80 dello scorso millennio, precisamente in occasione della regolamentazione del porto di simboli religiosi da parte dei credenti[9].

Rinviando ad altra sede, la puntuale disamina delle fattispecie che hanno condotto alla promulgazione della legge n. 2004-228 del 15 marzo 2004, *encadrant*, *en application du principe de laicité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuses dans les écoles, collèges et lycées publics*[10], vale la pena di ricordare la statuizione che introduce il divieto di porto di segni e tenute religiose quali il velo islamico, la *kippah* ebraica e croci di dimensioni manifestamente eccessive[11]. Divieto che – in concreto – va a colpire soprattutto le studentesse musulmane, andando a limitare il diritto all'estrinsecazione del proprio credo religioso.

[7] Legge che distingue le scuole private confessionali tra *sous contrate hors contrat*. Per un commento v. A. Ferrari, *op. cit.*, spec., p. 363 ss.

[8] Del resto, la stessa dottrina francese riconosce come non vi sia uniformità nella ricostruzione dell'evoluzione del principio di laicità e dei contenuti che nel tempo questa ha assunto. Per tutti v., J. Baubérot, *Les sept laïcités françaises. Le modèle français de laïcité n'existe pas*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015, *passim*.

[9] Ci si riferisce a un episodio verificatosi nel 1989 presso il *collége* Gabriel Havez di Creil, relativo al porto dell'*hijab* da parte di tre studentesse musulmane che – ricevendo ampia eco nella stampa nazionale francese – dà l'abbrivio a un susseguirsi di circolari ministeriali, interventi della giurisprudenza amministrativa e istituzioni di commissioni di studio, tesi a prefigurare una disciplina alla materia.

[10] Per una ricostruzione v. M.C. Ivaldi, *Verso una nuova definizione della laicità? La recente normativa a proposito dei segni religiosi nella scuola in Francia*, in «Il Diritto ecclesiastico», n. 4, 2004, p. 1133 ss.

[11] Divieto contemplato dall'art. 1 della legge n. 2004-228 e inserito nel *code de l'éducation* all'introducendo art. L. 141-5-1.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Sullo sfondo della novella normativa si poneva la cospicua presenza di individui di religione mussulmana – retaggio del passato coloniale francese e dei grandi movimenti migratori che interessavano il Paese[12] – con i connessi problemi di integrazione nonché il timore della penetrazione di integralismi con conseguente diffusione di attentati terroristici, purtroppo più volte verificatisi, a partire dalla seconda metà del 2015[13] e anche più di recente[14].

Nonostante ciò, occorre osservare, in merito all'atteggiamento delle istituzioni francesi nei confronti della religione, che in costanza epidemica da SARS-CoV-2, si è registrato, tuttavia, un dialogo particolarmente fecondo contrassegnato dalla collaborazione tra gruppi religiosi – sia pure "selezionati"[15] – e le istituzioni francesi – proba-

[12] A tal riguardo v. B. Etienne (a cura di), *L'Islam en France. Islam, État et Societé*, Édition du CNRS, Paris, 1990, *passim*.

[13] Ci si riferisce, tra gli altri, agli episodi terroristici di matrice islamica che hanno contrassegnato il biennio 2015-2016. Per il 2015 – tralasciando episodi minori sia pure cruenti – il pensiero va ai fatti di Parigi del 7-9 gennaio ovvero agli attacchi al settimanale Charlie Hebdo e al negozio *kosher* Hypercacher; ai tre attentati del 13-14 novembre della zona parigina, dei quali la sola strage al teatro Bataclan fa registrare 90 vittime. Per il 2016 si ricorda il tragico attentato di Nizza del 14 luglio, avvenuto per opera di un terrorista che con un autocarro si è scagliato sulla folla che si trovava sul lungomare della *Promenade des Anglais*, per seguire i festeggiamenti della festa nazionale francese, provocando 86 morti. A questi occorre aggiungere l'assalto nei pressi di Rouen alla chiesa di *Saint-Étienne-du Rouvray*, del 26 luglio in cui è stato giustiziato l'anziano sacerdote Jacques Hamel.

[14] Il pensiero va ai due episodi che hanno coinvolto a distanza di meno di tre anni due insegnanti. Il primo – verificatosi il 16 ottobre 2020 – concerne il ferale omicidio dell'insegnante Samuel Paty, reo di aver mostrato alla sua classe le vignette sull'islam, pubblicate dal periodico satirico Charlie Hebdo, commesso in un sobborgo di Parigi; il secondo – recentissimo e probabilmente connesso con il clima istauratosi in seguito egli attentati di Hamas a Israele del 7 ottobre 2023 – che il 13 ottobre causa la morte del professore di lettere Dominique Bernard e il ferimento di altre tre persone, da parte di un *ex*-alunno dello stesso liceo Gambetta-Carnot di Arras, da parte di un immigrato di soli venti anni, al grido di *Allah Akbar*.

[15] In ordine al *favor* manifestato nei confronti dei gruppi "istituzionalizzati", *in primis* verso la chiesa cattolica v. E. Macron*, Discours à la Conférence des évêques de France au Collège des Bernardins*, 9 aprile 2018, video e trascrizione disponibili *online* all'indirizzo *https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/04/09/discours-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-a-la-conference-des-eveques-de-france-au-college-des-bernardins*.

A proposito della creazione "dall'alto" di una istanza rappresentativa dell'islam

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

bilmente anche per affrontare una situazione del tutto inedita, almeno in tempi recenti, dove l'aiuto e le competenze di tutti sono risultate determinanti – Oltralpe come altrove – e decisive per affrontare l'emergenza sanitaria[16]. Emergenza che ha visto tutti i diritti di libertà – anche quelli in materia religiosa – pesantemente conculcati anche registrando interventi giurisprudenziali decisivi[17], a sostegno della libertà di culto, quando le condizioni epidemiche hanno consentito l'allentamento delle misure restrittive[18].

francese v. dapprima l'esperienza circoscritta nel tempo del *Conseil de réflexion sur l'Islam de France* (CORIF), istituito nel 1989 e non più operativo dal 1992, a opera del ministro dell'interno Pierre Joxe, alla quale succede, a distanza di circa un decennio – sotto l'egida dell'allora ministro dell'interno Nicolas Sarkozy – la creazione del *Conseil français du culte musulman* (CFCM), istituito ai sensi della legge sulle associazioni culturali del 1901 il 28 maggio 2003, e incaricato di rappresentare le istanze musulmane davanti ai pubblici poteri. *Conseil*, che pur essendo ancora operativo è stato sostituito, come interlocutore ufficiale delle istituzioni francesi, dal *Forum de l'islam de France* (FORIF), la cui costituzione è stata annunciata alla fine del 2022. Il FORIF è stato ricevuto ufficialmente per la prima volta all'Eliseo il 16 febbraio 2023 (video disponibile online all'indirizzo *https://www.elysee.fr/recherche?prod_video_fr%5Bquery%5D=forum%20de%20l%27islam%20de%20france%20*).

[16] Per una attenta ricostruzione v. M.C. Ivaldi, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del coronavirus*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 14, 2020, p. 69 ss.

[17] Cfr. *Conseil d'Etat*, ordinanza, 18 maggio 2020, ricorsi nn. 440361-440511, 440512 e 440519, che si pronuncia come *juge de référé liberté ex* art. L. 521-2 del *code de justice administrative*, riconoscendo l'urgenza e la necessità di salvaguardare una libertà fondamentale così come la sussistenza di una violazione grave e manifestamente illegale.

A proposito dei *référés administratifs* introdotti dalla n. 2000-597 del 30 giugno 2000, *relative au référé devant les jurisdictions administratives* – quindi anche del c.d. *référé suspension* di cui al precedente art. L. 521-1 – v. *Conseil d'État*, *Le juge de référés*, *Dossier thematique*, *décembre* 2015, disponibile *online* all'indirizzo *https://conseil-etat.fr/site/content/download/145802/document/juge%20des%20referes.pdf*, p. 5 ss.

Si ricorda che tutti i provvedimenti dell'Alta corte amministrativa, resi in sede giurisdizionale, possono visionarsi sul portale *Ariane web* disponibile *online* all'indirizzo *https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/recherche*. Per i pareri emanati in via consultiva v., invece, il *database Consilia web* disponibile *online* all'indirizzo *https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/rechercher-un-avis-consiliaweb*.

[18] A tal riguardo v., M.C. Ivaldi, *L'intervento del* Conseil d'État *come giudice del* référé liberté *in favore della ripresa della celebrazione dei riti religiosi in Francia*, in «Il Diritto ecclesiastico», n. 1-2, 2000, p. 207 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Certo è che anche in quel periodo non sono, in ogni caso, mancati interventi significativi in materia di separatismo islamico, a partire dal discorso presidenziale di Mulhouse del 18 febbraio 2020[19] per arrivare al di poco successivo di Les Mureaux del 2 ottobre[20], dove si anticipano i contenuti del progetto di legge[21] – depositato di lì a poco, significativamente, il 9 dicembre[22], lo stesso giorno della legge di separazione del 1905, significativamente dedicato alla laicità[23] – che diventerà la legge n. 2021-1109 del 24 agosto 2021, *confortant le respect des principes de la République* che perviene a un significativo irrigidimento delle norme a presidio del principio medesimo[24].

A grandi linee, è questo il contesto in cui si inseriscono l'introduzione delle misure ora in commento.

[19] E. Macron, *Protéger les libertés en luttant contre le séparatisme islamiste*, Mulhouse, 18 febbraio 2020, video e trascrizione disponibili *online* all'indirizzo *https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/02/18/proteger-les-libertes-en-luttant-contre-le-separatisme-islamiste-conference-de-presse-du-president-emmanuel-macron-a-mulhouse*.

[20] E. Macron, *La Rèpublique en acte: discurs sur le theme de la lutte contre le séparatisme*, 2 ottobre 2020, video e trascrizione disponibili *online* all'indirizzo *https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes*.

[21] In sostanza, divieto di tutto quanto si ponga in contrasto con il principio di laicità ed eguaglianza; estensione dell'obbligo di neutralità per i dipendenti delle imprese private che siano delegate di un servizio pubblico, riforme della legislazione sulle associazioni di culto e in campo scolastico.

[22] Testo n. 3649 depositato – a nome del Primo ministro Jean Castex dal Ministro dell'interno Gérard Damanin e dalla Ministra Marlène Schiappa incaricata della cittadinanza – all'*Assemblée nationale*. I relativi *dossier* delle due Camere del Parlamento francese sono risp. disponibili *online* agli indirizzi *https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/respects_principes_republiquee*; *https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl20-369.html*.

[23] *Journée de la laïcité* che proprio per effetto della legge n. 2021-1109, sarà istituzionalizzata nell'ambito della funzione pubblica. Sul punto si rinvia alla pagina a essa dedicata disponibile *online* all'indirizzo *https://www.gouvernement.fr/actualite/une-journee-nationale-pour-faire-vivre-la-laicite*.

[24] Il provvedimento contiene un insieme di misure ampiamente commentate. Per la dottrina francese v. il *dossier* curato da V. Fortier e G. Gonzalez, *La loi confortant le respect des principes de la République*, in «Revue du droit des religions», n. 13, 2022, disponibile *online* su *Open Édition* all'indirizzo *https://journals.openedition.org/rdr/pdf/1725*, pp. 1-170.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. *Il caso dell'*abaya *e del* qamis *e l'interpretazione estensiva della legge sui simboli religiosi nella scuola*

Come appena osservato la legge sul divieto dei simboli ostensibili nella scuola pubblica n. 228-2004 segna, in qualche misura, una cesura con la tendenza precedente, virando verso una *laïcité de combat*. Irrigidimento che si dirige soprattutto nei confronti della religione islamica.

La relativa circolare applicativa del *Ministère de l'éducation nationale* datata 18 maggio 2004[25], per il vero, riteneva che la formulazione del divieto di porto di segni e tenute che manifestassero ostensibilmente una appartenenza religiosa, rendesse la misura interdittiva applicabile «à toutes les religions et de manière à répondre à l'àpparition de nouveaux signes, voir ò d'éventuelles tentatives de contournement de la loi». Del pari, il testo, precisava come non venissero messi in discussione i «signes religieux discret» né «les accessoires et les tenues qui sont portés communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse»[26]. Ma così non è stato. A distanza di quasi un ventennio, infatti, si è ravvisata la necessità di un intervento istituzionale sul punto per il tramite della nota di servizio *Respect des valeurs de la République*, emanata dal *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports* Gabriel Attal il 31 agosto 2023[27]; nota

[25] *Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*.

[26] Cfr. circolare 18 maggio 2004 cit., § 2.1.

[27] Testo disponibile *online* all'indirizzo *https://www.education.gouv.fr/bo/2023/Hebdo32/MENG2323654N*. Nota accompagnata da una lettera ai vertici delle istituzioni educative francesi da parte dello stesso Ministro Attal, visionabile *online* all'indirizzo *https://www.education.gouv.fr/principe-de-laicite-l-ecole-respect-des-valeurs-de-la-republique-lettre-de-gabriel-attal-aux-chefs-d-379143*.

Sempre del 31 agosto è una altra lettera da inviare ai genitori degli studenti che indossano la *abaya* o il *qamis* – sempre a firma del Ministro Attal – ove si legge che «l'école de la République accueille tous les élevès sans stigmatisation ni discrimination» – e nel contempo che «avec la liberté, l'égalité et la fraternité, l'un de principes fondamentaux de l'école de la République est la laïcité, qui repose notamment sur la loi du 15 septembre 2004». Da ciò discende che «le principe de laïcité suppose la neutralité de l'État à l'égard de tous les élèves» onde «les abayas et les qamis ne peuvent pas être portés en milieu scolaire». Il tutto ricordando che «la laïcité ne s'oppose à aucune religion et que les règles sont les même pour tous». Documento disponibi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

anticipata da una dichiarazione dello stesso Ministro nel corso di una trasmissione televisiva[28].

Il presupposto risiede nel necessario pieno rispetto del «principe de laïcité, qui garantit la neutralité de l'institution scolaire et protège l'élève de tout comportement prosélyte» che costituisce «un principe cardinal, protecteur de la liberté de conscience». L'occasione dell'intervento, invece, si giustifica sulla base delle questioni sorte in seguito al crescente aumento del porto di tenute quali l'*abaya* o il *qamis*[29] che si ritiene abbisognino di una risposta chiara e univoca[30].

Per il Ministro tali indumenti sono necessariamente riconducibili alla fede professata e, come tali, devono rientrare nel divieto già introdotto dalla legge n. 2004-228. In sostanza si tratta di una mera interpretazione "estensiva" di cosa debba intendersi per tenuta religiosa ostensibile e per l'appunto in ciò risiedono le maggiori perplessità posto che proprio in ossequio al principio della separazione lo Stato francese si dichiara, in linea di principio, incompetente a definire cosa sia una fede, una credenza o una religione[31].

le unicamente da sito non istituzionale *online* all'indirizzo *https://www.midilibre.fr/2023/09/01/madame-monsieur-voici-la-lettre-de-gabriel-attal-que-vous-recevrez-si-votre-enfant-porte-une-abaya-a-lecole-11425858.php*.

[28] La dichiarazione rilasciata il 27 agosto 2023, nel corso di una trasmissione televisiva dell'emittente TF1 è disponibile *online* all'indirizzo *https://www.tf1info.fr/education/video-gabriel-attal-invite-du-20h-de-tf1-avant-la-rentree-scolaire-l-interview-en-integralite-2267822.html*.

[29] Genericamente, si tratta di abiti – l'*abaya* per le donne e il *qamis* per gli uomini – che coprono tutto il corpo e, normalmente, vengono indossati soprattutto in alcuni paesi arabi.

[30] Laicità da sempre al cuore del patto repubblicano, la cui osservanza è ritenuta fondamentale proprio in ambito educativo. Del Ministero dell'educazione nazionale v., per es., la *Charte de la laïcité à l'école*, annessa alla circolare n. 2013-144 del 6 settembre 2013 (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.education.gouv.fr/bo/13/Hebdo33/MENE1322761C.htm?cid_bo=73659*) nonché il *Vademecum* del dicembre 2021 dal titolo *La laïcité à l'école* (disponibile *online* all'indirizzo *https://eduscol.education.fr/1618/la-laicite-l-ecole*, 114 pp.).V. inoltre i contenuti dedicati alla laicità sul portale *Éduscole* (disponibile *online* all'indirizzo *https://eduscol.education.fr/1615/laicite*) così come *Les valeurs de la République* sul *ReseauCanope* (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.reseau-canope.fr/les-valeurs-de-la-republique/laicite-01.html*).

[31] Sul punto esplicita risulta la giurisprudenza del *Conseil d'État*, sia pure con un certo margine di accomodamento. Per un'analisi approfondita v., R. Schwarz, *op. cit*., *passim.*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Del resto, lo stesso *Conseil français du culte musulman*, in un suo primo comunicato stampa del 4 settembre 2023, dal titolo esemplificativo *Une tenue ne saurait être religieuse par simple suspicion*[32] – sul presupposto che le tenute in oggetto non integrino un vestito o una prescrizione religiosa – ha sottolineato il possibile paradosso consistente nel fatto che lo stesso tipo di abito sia consentito in una classe a seconda che sia o meno riconducibile all'essere musulmani, evidenziando nel contempo la pericolosità insita in una appartenenza supposta, in forza dell'origine, del cognome o del colore della pelle.

Il predetto divieto – esplicitamente operativo dalla *rentrée scolaire* 2023/2024 – è immediatamente all'origine di *référés administratifs*.

Il primo, promosso dall'associazione *Action droits des musulmans*, con il già evocato strumento del *référé liberté ex* art. L. 521-2, *code de justice administrative*[33] non viene accolto sulla base della considerazione che il divieto *de qua* non integri una violazione grave e illegittima di una libertà, posto che la norma che vieta i *signes* e le *tenues manifestant de façon ostensibile* una appartenenza religiosa, guarda agli stessi sia come tali sia in ragione del comportamento che li accompagna[34].

Nell'argomentare l'ordinanza di rigetto, senza pronunciarsi sulla sussistenza o meno del carattere di urgenza, che ritiene assorbito (*considérant*, 7), il *Conseil* fa riferimento *in primis* alla nota di servizio ministeriale nella parte in cui menziona il numero rilevante e in aumento delle segnalazioni di violazioni della laicità nell'anno scolastico 2022-2023 (da 617 a 1984), in gran parte riferibili proprio al porto di *abaya* o *qamis* e alla circostanza che la scelta di questo tipo di abbigliamento si iscriva in una logica di affermazione religiosa (*considérant*, 5).

Difficoltà che ha incontrato il legislatore anche nel corso dell'*iter* che ha condotto all'emanazione della legge n. 2001-504 dove – proprio per evitare di definire cosa possa intendersi per "setta", ha preferito riservare la sua attenzione ai c.d. comportamenti settari. A tal riguardo v. M.C. Ivaldi, *Alcune considerazioni sulla regolamentazione dei movimenti a carattere settario nell'ordinamento francese*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 29, 2012, p. 1 ss.

[32] Disponibile *online* all'indirizzo *https://cfcm-officiel.fr/communique-une-tenue-ne-saurait-etre-religieuse-par-simple-suspicion/*.

[33] V. *supra* nt. 17.

[34] Così, *Conseil d'État*, *Juge des référés*, *formation collégiale*, ordinanza 7 settembre 2023, n. 487891.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In sostanza, si perviene, da un lato, al considerare il porto di questo tipo di abbigliamento – che non può essere considerato, in quanto tale, discreto – come una manifestazione ostensibile dell'appartenenza religiosa che disconosce il divieto posto dall'art. L. 145-5-1 del *code de l'éducation*; dall'altro, a ritenere che l'invito del Ministro rivolto ai capi d'istituto di procedere a una azione disciplinare[35], qualora sia fallita la fase del dialogo, non costituisca una violazione grave e manifestamente illegittima del diritto al rispetto della vita privata, della libertà di culto, del diritto all'istruzione, al rispetto dell'interesse superiore del minore o del principio di non-discriminazione (*considérant*, 6).

Anche in questo caso segue un nuovo comunicato stampa del *Conseil français du culte musulman*[36], nel quale – evocando problemi di discriminazione – si paventa il pericolo dell'inverarsi di una «police du vêtement» che può virare verso una «police des consciences», evocando episodi in cui, soprattutto le giovani studentesse sono state sottoposte a veri e propri interrogatori.

Sia pure non direttamente connesso all'ambito scolastico ma sempre legato al tema dei simboli vale la pena di menzionare, incidentalmente un ulteriore intervento del *Conseil français du culte musulman*[37], dove di seguito si stigmatizza la notizia relativa a un giovane di 24 anni che dopo aver passato l'esame per entrare alla scuola di polizia veniva scartato dalla Prefettura di Parigi giustificando la decisione con la presenza di una macchia sulla fronte[38] considerata quale «signe possible de repli indentitarie» in quanto «signe possible d'une pratiche religieuse»[39]. CFCM che – dopo essersi chiesto come possa

[35] Azione disciplinare richiamata dalla menzionata nota del 31 agosto 2023, al § I.3.

[36] *Conseil français du culte musulmane*, *Communiqué 7 septembre 2023, Face aux dérives, le CFCM lance un appel à la raison*, disponibile *online* all'indirizzo *https://cfcm-officiel.fr/communique-face-aux-derives-le-cfcm-lance-un-appel-a-la-raison/*.

[37] *Conseil français du culte musulmane*, *Communiqué 16 septembre 2023*, *Àpre la abaya la "tabaa"?* disponibile *online* all'indirizzo *https://cfcm-officiel.fr/communique-apres-la-abaya-la-tabaa/*.

[38] "Macchia" conosciuta come *tabaâ* o *zabiba* – ma anche con altri nomi – di frequente dovuta a un ispessimento della epidermide (ipercheratosi) prodotto a causa della ripetuta prostrazione del credente, nel corso della preghiera musulmana.

[39] Notizia riportata tra gli altri in un articolo del 15 settembre 2023 di D. Perrotin, dal titolo *La police rejette un candidat musulman à cause d'une tache sur le front*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

considerarsi *tout court* un segno di ripiegamento identitario la mera pratica della preghiera, tanto da considerarla *in re ipsa* sintomo di una possibile radicalizzazione e nel contempo di separatismo di una persona che vuole servire la Repubblica portando l'uniforme[40] – non può far altro che constatare la sussistenza di un clima di sospetto e di caccia ai musulmani sia pure formulando l'auspicio che le forze vive del Paese si ergano contro il travisamento di uno dei principi fondamentali quale è quello della laicità che non implica certamente né l'ateismo, né la caccia ai cittadini che praticano una religione.

Di lì a poco il *Conseil* viene investito nuovamente della questione con l'ulteriore strumento del *référé suspension*, ai sensi dell'art. L. 521-1, *code de justice administrative*, che consente di sospendere qualsiasi atto amministrativo, in attesa di una sentenza sul merito, qualora l'urgenza lo giustifichi e sussista un dubbio fondato di legittimità.

Le argomentazioni utilizzate per il rigetto della doglianza[41] – anche in questa ipotesi senza una pronuncia sull'urgenza – in parte riprendono quelle già impiegate nell'ordinanza precedente[42]. Più esplicita si fa la presa di posizione del *Conseil*, invece, quando, in modo sostanzialmente apodittico si esprime per l'insussistenza di seri dubbi circa la legalità della previsione di cui alla nota ministeriale del 31 agosto 2023, così come sull'obiezione formulata dai ricorrenti secondo la quale per la piena operatività sarebbe occorsa una definizione precisa delle tenute esattamente rientranti nel divieto, onde evitare discriminazioni tra gli studenti (*considérant*, 7).

In effetti non si può non considerare che una analisi più attenta avrebbero meritato i rilievi posti dalle associazioni istanti – soprattutto quelli posti da *La voix lycéenne* e *Le poing levé* – in primo luogo quelli relativi al considerare gli abbigliamenti stigmatizzati dalla

due à sespriéres, in *Mediapart.fr*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.mediapart.fr/journal/france/150923/la-police-rejette-un-candidat-musulman-cause-d-une-tache-sur-le-front-due-ses-prieres*.

[40] CFCM che opportunamente stigmatizza, altresì, l'uso da parte dell'amministrazione francese di termini arabi come nel caso di *tabaa* per *tâche* e di *abaya* per *robe*, quasi a ergersi a specialista della teologia musulmana.

[41] *Conseil d'État*, *Juge des référés*, *formation collégiale*, ordinanza 25 settembre 2023, n. 487896.

[42] Come è il caso del richiamo ai dati relativi alle segnalazioni del porto di *abaya* o *qamis* nell'anno scolastico 2022-2023 (*considérant*, 6).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

nota – ma non descritti dalla stessa in modo circostanziato – in quanto tali manifestanti ostensibilmente un'appartenenza religiosa, disconoscendo lo stesso principio di separazione di cui alla legge 9 dicembre 1905, in forza del quale lo Stato risulta incompetente a definire il carattere religioso di una tenuta.

Nondimeno, il tenore della ordinanza in oggetto non fa certo prevedere un esito di segno diverso, quando il *Conseil*, al termine di una istruttoria più approfondita, dovrà pronunciarsi sul merito della questione[43].

Vi è inoltre da sottolineare come l'interpretazione estensiva alla quale è andata incontro la legge del 2004 abbia catalizzato l'interesse della stampa mondiale, soprattutto di quella di lingua araba. A livello istituzionale – si segnala per esempio la preoccupazione della *United States Commission on International Religious Freedom* (USCIRF)[44] che in un comunicato stampa dell'8 settembre 2023 evidenzia come la Francia «continues to wield a specific interpretation of secularism to target and intimidate religious groups, particularly Muslims»[45]. Inter-

[43] Per un primo bilancio applicativo, all'indomani della ripresa scolastica, v. l'intervista rilasciata dal Ministro Atal all'emittente televisiva BFM-TV (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.bfmtv.com/politique/gouvernement/attal-annonce-que-298-eleves-se-sont-presentes-en-abaya-pour-la-rentree-et-67-ont-refuse-de-l-enlever_AV-202309050267.html*) dalla quale si evince che su 298 contestazioni, solo 67 studentesse si sono rifiutate di togliere l'*abaya*, dovendo così rientrare alle proprie abitazioni.

[44] Agenzia federale statunitense, indipendente e *bipartisan*, creata dall'*International Religious Freedom Act* del 1998 (*https://www.uscirf.gov*), con il compito di monitorare l'osservanza del diritto alla libertà di religione o di credo all'estero.

[45] *United States Commission on International Religious Freedom* (USCIRF) *Concerned by France's Expanding Interpretation of Ban on Religious Outfits in Public Schools*, *Press release Sep. 8, 2023*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.uscirf.gov/news-room/releases-statements/uscirf-concerned-frances-expanding-interpretation-ban-religious*.

Della stessa istituzione v. inoltre il *Report on Religious Garb and International Human Rights Law*, *November 2023* (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.uscirf.gov/publications/religious-garb-restrictions*), di aggiornamento circa lo *status quo* delle legislazioni nazionali relative alle limitazioni o divieti imposti agli individui, da un lato, di indossare simboli o abiti che esprimano o siano in accordo con la propria appartenenza religiosa; dall'altro, di portare vestiti troppo secolari e non sufficientemente conformi ai precetti religiosi, evidenziandone, nell'uno come nell'altro caso, l'incompatibilità con l'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che tutela la libertà di pensiero, coscienza e religione.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

pretazione che secondo l'USCIRF – a differenza dalla legge n. 2004-228 che astrattamente proibiva il porto di vestiti o simboli religiosi quali *kippah*, grandi croci e *hijab* – implica una nuova prescrizione diretta solo verso una determinata religione, quella musulmana, in palese violazione dell'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) e dell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani (1948)[46].

Il tutto tenendo conto che lo stesso Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, fin dal novembre 1993, nel *General Comment* n. 22[47], aveva esplicitamente ricondotto alla «observance and practice of religion or belief», di cui al menzionato art. 18, anche «the wearing of distintive clothing or head coverings».

3. *Considerazioni interlocutorie a proposito delle prospettive evolutive dell'ordinamento nella materia* de qua

Purtroppo, diversi sono i "segni" che non fanno presagire un'evoluzione nel senso di una maggiore presa in carico, da parte delle istituzioni francesi, di tutte le facoltà riconducibili al pieno riconoscimento del diritto di libertà religiosa, comprese quelle relative al porto di simboli e tenute religiose.

Proprio in relazione ai simboli religiosi, questa volta nel calcio, infatti, non si può non menzionare la recente decisione del *Conseil d'État* del 29 giugno 2023[48]. Si tratta di un ricorso proposto da talune associazioni contro l'art. 1 dello statuto della *Féderation Française*

[46] Per un commento più sfumato v. il *Press Briefing by the United Nations Information Service*, del 29 agosto 2023, alla voce *Decision of banning clothes in French Schools* di Marta Hurtado, portavoce dell'*Office of the High Commissioner for Human Rights* (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ungeneva.org/en/news-media/bi-weekly-briefing/2023/08/press-briefing-united-nations-information-service-5*).

[47] UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (disponibile *online* all'indirizzo *https://www.refworld.org/docid/453883fb22.html*).

[48] *Conseil d'Etat*, *section du contentieux, chambres 2 eme et 7 eme réunies*, decisione 29 giugno 2023, nn. 458088, 459547 e 463408.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

de Football, essenzialmente nella parte nella quale vieta «tout port de signe ou tenue manifestant ostensiblement une appartenance politque, philosophique, religiose ou syndicale»[49]. Doglianza che viene respinta – nonostante il diverso avviso del *Rapporteur public* Clément Malverti[50] – senza peraltro indagare sufficientemente le implicazioni inerenti alle interazioni tra la norma calcistica interna francese e le c.d. *Laws of the Game* che disciplinano il gioco del calcio a livello mondiale che, invece, consentono il porto del velo fin dal 2014[51].

C'è di più. Il dibattito che ha accompagnato il procedimento ha fatto sì che venisse presentata una proposta di legge tendente ad assicurare esplicitamente e, una volta per tutte, il divieto del porto del velo e di altri simboli in qualsiasi disciplina sportiva afferente a federazioni sportive nazionali francesi, in quanto delegate di pubblico servizio, tenute all'osservanza dello stretto principio di neutralità[52].

Certo è che la già evocata ondata terroristica che nell'ultimo decennio[53] ha colpito la Francia, almeno in parte spiega la crescente preoccupazione delle istituzioni francesi verso quello che, fino a prima del discorso presidenziale di Mulhouse[54], veniva indicato con il termine di comunitarismo islamico; così come lo stesso delitto di Arras del 13 ottobre 2023[55]. Episodio che ha fatto registrare un nuovo intervento del Presidente Macron, nel corso del quale – sottolineando la barbarie del terrorismo islamista che, ancora una volta, ha colpito la scuola – pone la scuola stessa «au coeur justemente de cette lutte

[49] Lo statuto e i regolamenti più recenti della FFF sono disponibili *online* sul sito della medesima all'indirizzo *https://www.fff.fr/11-les-reglements/index.html*.

[50] Sia la decisione sia le *Conclusions* del *Rapporteur public* sono visionabili sul già evocato *database Ariane Web*.

[51] Per la versione della *Law* 4 valida per la stagione 2023-2024 v. *https://www.theifab.com/downloads/laws-of-the-game-2023-24?l=en*, pp. 53-57.

[52] Cfr. La proposta di legge n. 1585, registrata alla Presidenza dell'*Assemblée nationale* il 20 luglio 2023, *visant à interdire le port de signes religieu et politiques ostensibles dans les compétitions et les événements sportifs*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b1585_proposition-loi*.

[53] *Supra* § 3.

[54] *Supra* nt. 19.

[55] Episodio in seguito al quale la Prima ministra Elisabeth Borne ha dichiarato lo stato di allerta «urgence attentat», ai sensi del dispositivo francese VIGIPIRATE di lotta contro il terrorismo. Notizia ufficiale disponibile *online* all'indirizzo *https://www.gouvernement.fr/actualite/plan-vigipirate-niveau-urgence-attentat-declare*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

contre l'obscurantisme»[56]. Episodio al quale va senz'altro ricondotta la previsione dell'inasprimento delle norme di cui al già presentato progetto di legge governativo sull'immigrazione[57] che, fra l'altro, potrebbe consentire il possibile ritiro del titolo di soggiorno a tutti coloro i quali aderiscano a un'ideologia "djhadista radicale" o nella ricorrenza della mancata osservanza dei valori della Repubblica, tra i quali la laicità ha un posto centrale[58].

Rimane, nondimeno, l'impossibilità di esprimersi favorevolmente verso una tendenza repressiva, peraltro difficilmente giustificabile alla stregua di una corretta declinazione degli stessi principi di *séparation*, *laicité* e *neutralité* acquisiti dalla dottrina e da parte della giurisprudenza francese che presuppongono l'incompetenza dello Stato a definire ciò che rientra nel religioso e ciò che non vi rientra. Cosa che, al contrario, sembra essersi verificata in materia di *abaya* e *qamis* – peraltro non attraverso la legge bensì mediante una mera nota ministeriale. Nota che non risolve in radice il problema che la misura si propone di risolvere – salvo dover ipotizzare la necessità di provvedere a una sorta di polizia dei costumi della quale restano incaricate le autorità scolastiche – che, come tale, si presta a produrre l'effetto inverso di creare nuovi e ancora maggiori problemi di integrazione proprio tra i più giovani.

[56] Il video e la trascrizione dell'intervento presidenziale sono disponibili all'indirizzo *https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2023/10/13/declaration-du-president-emmanuel-macron-depuis-arras*.

[57] V. il *Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorerl'integration*, testo n. 304 a iniziativa dei ministri Darmanin (Interno e oltremare), Dupond-Moretti (Giustizia) e Dussopt (Lavoro, piena occupazione e integrazione), depositato in Senato il 1° febbraio 2023, con procedura accelerata. Testo e *dossier* disponibili *online*, risp. agli indirizzi *https://www.senat.fr/leg/pjl22-304.html* e *https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl22-304.html*.

[58] Per il video della conferenza stampa del Ministro dell'interno Darmanin del 16 ottobre 2023 e un commento v. *https://www.publicsenat.fr/actualites/politique/attentat-darras-le-texte-immigration-va-t-il-faciliter-les-expulsions-des-etrangers-delinquants*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Roberto Ricciardelli

Cinque anni di attività per la Consulta di garanzia statutaria della Regione Campania: un primo bilancio

Sommario: 1. Premessa. La Consulta di garanzia tra norme statutarie e legge di attuazione. – 2. Il primo quinquennio di attività della Consulta (2018-2023). – 3. Alcune notazioni conclusive: quale futuro per la Consulta campana?

1. *Premessa. La Consulta di garanzia tra norme statutarie e legge di attuazione*

La scadenza del primo quinquennio di funzionamento della Consulta di garanzia statutaria della Regione Campania rappresenta l'occasione per valutare il rendimento istituzionale di un organismo che, pur essendo previsto dallo Statuto regionale sin dalla sua approvazione del 2009[1], ha richiesto una gestazione quasi decennale per la sua concreta istituzione. Eppure, la formulazione dell'articolo 57 dello Statuto voluta dal Legislatore campano era apparsa persino «pioneristica»[2], sia dal punto di vista delle funzioni che dei soggetti legittimati a interpellare l'organismo di garanzia.

Più nello specifico, alla Consulta, la cui istituzione con legge regionale è stata lasciata alla facoltà degli organi politici regionali[3], è attribuito il

[1] Legge regionale 28 maggio 2009, n. 6, successivamente modificata dalle leggi regionali 31 gennaio 2014, n. 6 e 8 agosto 2016, n. 28.

[2] Così M. Ferrara, *I collegi di garanzia statutaria tra esigenze di razionalizzazione e nuove istanze provenienti dalla costituzione materiale*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2018, p. 14.

[3] Il comma 1 dell'art. 57 dello Statuto stabilisce infatti che «la Regione *può* istituire con propria legge la Consulta di garanzia statutaria» (l'enfasi è aggiunta). Ad avviso di G. Ferraiuolo, *La forma di governo*, in S. Staiano (a cura di) *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Campania*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 83, la formulazione del Legislatore campano lascerebbe «intendere che si tratti

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

potere di esprimere pareri sulla legittimità delle leggi e dei regolamenti regionali, degli schemi di accordo con Stati esteri e degli schemi di intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nonché di decidere sull'ammissibilità dei referendum regionali[4]; rappresenta invece un *unicum* nel panorama comparato l'attribuzione di un potere consultivo nella c.d. fase ascendente della formazione del diritto europeo[5]. Innovativa era apparsa anche la disciplina degli aventi diritto a chiedere l'intervento della Consulta, individuati in «qualsiasi organo dell'amministrazione regionale e locale».

In linea con le scelte effettuate dalla maggioranza delle Regioni che hanno previsto l'istituzione di organismi di garanzia statutaria sono invece le disposizioni che ne regolano la composizione, individuata in un massimo di cinque membri eletti dal Consiglio regionale, scelti tra professori universitari in materie giuridiche, magistrati anche a riposo delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa e avvocati con almeno venti anni di esercizio, a voler così riecheggiare i requisiti per la nomina a giudice costituzionale[6].

La legge istitutiva dell'organismo[7], pur non introducendo particolari novità in ordine alla fisionomia dell'istituto[8], enfatizza la posi-

di un organo non statutariamente necessario». Più in generale sulle previsioni dello Statuto campano in relazione alla Consulta, si rinvia a G. Conte, *Problemi politico-costituzionali della messa a regime dei Comitati di garanzia statutaria. Il caso della Regione Campania*, in «Amministrazione in cammino», 2010, disponibile *online* all'indirizzo: *https://amministrazioneincammino.luiss.it*.

[4] A favore del conferimento di specifiche funzioni di controllo del procedimento referendario agli organi di garanzia statutaria è E. Catelani, *Organi di garanzia statutaria e referendum abrogativo*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2018, spec. p. 21, sulla base della considerazione per cui «l'attribuzione in alcune regioni di tale competenza allo stesso Consiglio regionale o comunque agli uffici interni di esso non può certo assicurare che le decisioni adottate siano prive di condizionamenti e di valutazioni di carattere politico».

[5] M. Ferrara, *op. cit*., p. 6.

[6] Per un raffronto tra le diverse norme sulla composizione degli organi di garanzia si rinvia a M. Cavino, G. Di Plinio, *I modelli organizzativi degli organismi di garanzia statutaria regionale. Composizione e organizzazione*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2018, p. 6 ss.

[7] Legge regionale 23 luglio 2018, n. 25 (Costituzione e funzionamento della Consulta di Garanzia Statutaria ai sensi dell'articolo 57 dello Statuto della Regione Campania).

[8] La scelta è apparsa coerente con le scelte operate dalle altre Regioni italiane. Sul punto, v. P. Caretti, *Gli organi di garanzia statutaria a un bivio: o riforma o progressiva scomparsa per desuetudine*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 1, 2018, p. 5.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione di indipendenza dei suoi membri, che devono essere eletti dal Consiglio regionale, con votazione a scrutinio segreto, a maggioranza dei due terzi dei consiglieri, ovvero, a partire dalla sesta votazione, con votazione a maggioranza assoluta[9]; si prevede che l'incarico abbia una durata di cinque anni, potenzialmente rinnovabili, non avendo previsto la legge (in linea con la disposizione statutaria) un limite di mandati per i componenti della Consulta[10].

Riguardo alle cause di ineleggibilità e incompatibilità, al cui accertamento è preposta la Consulta stessa, si applicano le norme previste per i consiglieri regionali, cui si aggiunge l'impossibilità di accesso alla carica per coloro che abbiano ricoperto la carica di consigliere o assessore regionale, provinciale o comunale nei cinque anni successivi alla cessazione dal mandato. È prevista inoltre una specifica causa di decadenza in caso di tre assenze ingiustificate consecutive alle sedute della Consulta.

Al collegio è garantita autonomia regolamentare e organizzativa: in particolare, il suo funzionamento è disciplinato da un apposito regolamento interno, approvato a maggioranza dei suoi componenti nella seduta di insediamento[11]. Alla organizzazione di una struttura amministrativa di supporto provvedono l'ufficio di Presidenza del Consiglio regionale e la Giunta regionale, individuando specifiche risorse umane, mentre la definizione del fabbisogno finanziario è effettuata annualmente, nei tre mesi precedenti alla predisposizione del bilancio del Consiglio regionale[12]. Di particolare interesse è la dispo-

[9] Art. 1, co. 4, l. reg. n. 25/2018. L'articolo 2, comma 1, al terzo periodo dispone poi che la Consulta sia validamente costituita con la designazione di almeno tre componenti.

[10] Cfr. M. Cavino, G. Di Plinio, *op. cit.*, p. 9.

[11] Il comma 3 dell'articolo 8 prevede che il regolamento disciplini, in modo particolare, l'organizzazione della struttura amministrativa, lo svolgimento dei lavori, la verbalizzazione delle sedute, le modalità di accertamento delle cause d'incompatibilità, d'impedimento permanente e di decadenza, le modalità di votazione nei casi non previsti dalla legge. Il regolamento interno della Consulta è stato approvato nella seduta del 2 aprile 2019 e successivamente modificato nella seduta del 8 giugno 2020. Il testo, unitamente a tutta la documentazione relativa alle attività della Consulta, è disponibile *online* all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/consulta-garanzia-statutaria*.

[12] Il comma 2 dell'articolo 8 dispone che entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, l'ufficio di Presidenza del Consiglio regionale e la Giunta regionale, per quanto di rispettiva competenza, individuino le risorse strumentali (com-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sizione che prevede la pubblicità delle sedute del collegio quale regola di carattere generale, fatta eccezione per alcuni casi particolari[13].

Quanto al trattamento indennitario, il Legislatore campano ha stabilito un compenso annuo pari al 60% del trattamento previsto per i consiglieri regionali, prevedendo, in un primo momento, la gratuità dell'incarico per i componenti collocati in quiescenza in conformità alle previsioni dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, individuato quale norma di coordinamento della finanza pubblica[14]; il riferimento è stato poi espunto con un successivo prov-

presi locali idonei all'espletamento dei compiti istituzionali) e finanziarie e le risorse umane; queste ultime sono selezionate tra i dipendenti a tempo indeterminato della Giunta e del Consiglio, anche in posizione di comando, ovvero tra i dipendenti della Pubblica amministrazione nel rispetto della normativa nazionale vigente. È disposto che sia assegnata alla Consulta almeno una risorsa di livello dirigenziale con funzioni di segretario, in possesso dei requisiti professionali specifici e di adeguate esperienze maturate all'interno della P.A.

[13] Il comma 4 dell'art. 8 della l. reg. n. 25/2018 dispone che «le udienze della Consulta sono pubbliche, ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengano, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità». Critici sulla disposizione, che rappresenta un caso isolato nel panorama regionale, sono M. Cavino, G. Di Plinio, *op. cit.*, p. 17.

[14] La disposizione prevede che «è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 […] di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati. […] Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata». Della circostanza danno conto M. Cavino, G. Di Plinio, *op. cit.*, pp. 12-14. Gli AA. suggeriscono un possibile legame con la delibera statutaria della Regione Basilicata approvata dal Consiglio regionale il 15 dicembre 2015 e impugnata dal Governo con il ricorso n. 24 del 9 aprile 2016, proprio per la presenza di una disposizione che prevedeva la corresponsione di una indennità per membri delle consulte statutarie eletti tra personale in quiescenza, in contrasto con un principio fondamentale nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica, quale quello incarnato – a dire del Governo – dall'art. 5, comma 9, del d.l. n. 95/2012.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

vedimento legislativo, senza che questo determinasse invero particolari reazioni da parte del Governo nazionale[15].

La legge istitutiva declina nel dettaglio i compiti e le funzioni della Consulta, a cominciare da quella che più di ogni altra «incrocia il procedimento legislativo»[16], ovvero il rinvio al Consiglio regionale, attivabile su iniziativa del Presidente del Consiglio regionale, del Presidente della Giunta o di un quarto dei Consiglieri, di quelle delibere legislative valutate come non conformi allo Statuto[17].

L'articolo 5 della l. reg. 25/2018 prevede infatti la presentazione di una richiesta «adeguatamente motivata su basi giuridiche» entro tre giorni dall'approvazione definitiva in Consiglio. La Consulta, verificate l'ammissibilità e la completezza della richiesta, è chiamata così a rendere un parere, da adottare a maggioranza dei presenti, entro i cinque giorni lavorativi successivi alla ricezione della richiesta; il parere viene contestualmente trasmesso al soggetto richiedente e agli altri titolari del potere di richiesta, oltre che pubblicato sul sito internet istituzionale. Nel caso di pronunce di non conformità allo Statuto, il Presidente del Consiglio dispone l'iscrizione del parere reso all'ordine del giorno della prima seduta utile, al fine di valutare le opportune determinazioni. Il Consiglio, presa visione del parere, riesamina l'atto in via d'urgenza e

L'accertamento sulla effettiva illegittimità costituzionale della disposizione veniva però precluso dalla successiva modifica operata dal Legislatore della Basilicata, con conseguente estinzione del giudizio (Corte costituzionale, 12 aprile 2017, n. 92).

[15] V. art. 64, comma 3, della legge regionale 29 dicembre 2022, n. 18. Nell'ambito del contenzioso scaturito dal ricorso di un componente della Consulta collocato in quiescenza, il Tribunale di Napoli - IX Sezione, con ordinanza R.G. 4784/2021, pubblicata il 24 febbraio 2022, aveva peraltro affermato la non riconducibilità della carica ad alcuna delle fattispecie previste dall'art. 5, comma 9, del d.l. n. 95/2012. Della circostanza si dà notizia nella delibera dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale della Campania n. 199 del 18 dicembre 2023, disponibile all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/consiglio-regionale/delibere-amministrative*.

[16] L'espressione è di L. Violini, *Brevi note sugli organismi di garanzia statutaria e sul loro ruolo nel complesso del procedimento legislativo regionale*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2018, p. 7.

[17] La procedura è estesa anche ai regolamenti regionali e agli atti preparatori con i quali la Regione partecipa alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari, nonché degli schemi di accordo con gli Stati esteri e degli schemi di intese con enti territoriali interni ad altro Stato. La sua attivazione comporta la sospensione dei termini di promulgazione previsti dallo Statuto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

per le sole parti oggetto dei rilievi della Consulta (è prevista la possibilità di proporre emendamenti esclusivamente connessi alle parti oggetto di discussione). La "decisione finale" del Consiglio non può essere sottoposta nuovamente al giudizio di statutarietà: nei casi di mancato adeguamento dell'atto è disposto unicamente che se ne dia notizia in fase di pubblicazione sul Bollettino ufficiale della Regione.

Estesa a qualsiasi organo dell'amministrazione regionale e locale della Campania è invece la già citata facoltà di richiedere alla Consulta un parere non vincolante sulla interpretazione dello Statuto, delle leggi regionali e degli atti amministrativi generali[18]. Sono da ultimo riservate all'organismo di garanzia funzioni relative alla verifica dell'ammissibilità dei referendum, nelle diverse declinazioni previste dallo Statuto regionale[19].

2. *Il primo quinquennio di attività della Consulta (2018-2023)*

Volgendo lo sguardo alle attività della Consulta dal 2018 (anno di elezione dei primi componenti da parte del Consiglio regionale) al 2023[20], si rileva come sia stato espresso un totale di dodici pareri, per

[18] Secondo quanto previsto dall'art. 4 della l. reg. 25/2018, la richiesta di parere, a pena di inammissibilità, deve essere adeguatamente motivata e contenere la puntuale indicazione delle norme dello Statuto oggetto della richiesta. La Consulta esprime il parere, nella forma della delibera adottata a maggioranza assoluta, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta e contestualmente lo trasmette al soggetto richiedente. La delibera è comunicata anche al Presidente del Consiglio regionale e al Presidente della Giunta e pubblicato sui rispettivi siti internet istituzionali.

[19] Le definisce «funzioni "neutre"» G. Falcon, *Le consulte di garanzia come organi giusdicenti,* in «Istituzioni del Federalismo», n. 4, 2011, p. 814. Lo Statuto della Regione Campania prevede tre tipologie di referendum: abrogativo (art. 13 St.), consultivo (art. 14 St.) e approvativo di proposte di legge o regolamento presentate su iniziativa popolare (art. 15 St.). Per un maggiore approfondimento sul punto, v. S. Prisco, *Il nuovo Statuto della Regione Campania: gli istituti di partecipazione*, in «federalismi.it», n. 7, 2009.

[20] I primi cinque componenti sono stati eletti dal Consiglio regionale nella seduta del 21 dicembre 2018. Le variazioni successivamente intervenute sono ricavabili dalle relazioni sulle attività della Consulta, trasmesse a cadenza annuale ai consiglieri regionali e pubblicate sul Bollettino Ufficiale della Regione ai sensi dell'art. 8, comma 8, della l. reg. n. 25/2018, disponibili *online* all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/consulta-garanzia-statutaria*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

la gran parte riconducibili a funzioni di "alta consulenza", in linea con le esperienze di altre Regioni italiane[21].

Tra questi, quattro hanno riguardato l'interpretazione dello Statuto e tre hanno avuto ad oggetto disposizioni di legge regionale; due pareri sono stati invece espressi su norme contenute nel regolamento interno del Consiglio regionale, con una parziale sovrapposizione delle funzioni proprie dell'organo consiliare preposto all'interpretazione regolamentare[22]. In due circostanze, l'organismo è stato invece chiamato a valutare testi di proposte di legge non ancora approvate dall'assemblea legislativa, mediante una lettura estensiva della legge reg. n. 25/2018, che ha limitato il raggio d'azione della Consulta alla sola interpretazione di atti legislativi e amministrativi vigenti.

Relativamente ai promotori delle richieste di parere, per sette volte l'iniziativa è stata assunta da gruppi consiliari di opposizione, a confermare quella funzione "anti-maggioritaria" pure propria dell'organo[23]; in due occasioni la richiesta è stata invece formulata dal Presidente del Consiglio regionale, mentre nelle restanti due circostanze sono stati rispettivamente il vicepresidente di una commissione consiliare e l'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale ad adire l'organismo[24].

In un caso la Consulta è stata anche chiamata a verificare l'ammissibilità di una proposta di *referendum* consultivo, presentata ai

[21] Sul punto, v. S. Parisi, *La tutela dello Statuto regionale tra «garanzia» e «controllo»*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza della Corte Costituzionale-Atti del Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Pavia, 6-7 giugno 2003*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 530 ss.; L. Scaffardi, *L'attività consultiva degli organi di garanzia statutaria: l'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della regione Emilia-Romagna*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2018, p. 28 ss. Tutti i pareri emessi dalla Consulta, corredati dalle relative richieste, sono disponibili *online* all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/consulta-garanzia-statutaria*.

[22] L'articolo 12 del Regolamento interno del Consiglio regionale della Campania, pubblicato sul BURC n. 57 del 11 settembre 2012, dispone infatti che la Giunta per il regolamento interno, composta dall'Ufficio di Presidenza integrato da un rappresentante per ogni gruppo consiliare, esprima «pareri sulle questioni relative all'interpretazione del Regolamento stesso».

[23] Così N. Lupo, *Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali*, in «Istituzioni del Federalismo», n. 3, 2011, p. 632.

[24] Nel caso dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio, la richiesta è stata formalizzata con delibera n. 224 del 2 aprile 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sensi dell'art. 14 dello Statuto regionale[25]. La proposta, formalizzata dai consiglieri regionali dell'opposizione di centro-destra, intendeva sottoporre al corpo elettorale alcuni quesiti, relativi, in modo particolare, alla richiesta di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, terzo comma della Costituzione, ricalcando le iniziative assunte da Lombardia e Veneto e sfociate nelle consultazioni referendarie del 22 ottobre 2017[26].

Dei tre quesiti, il collegio dichiarava ammissibile solo quello inerente alla stipula con le altre Regioni dell'Italia meridionale continentale delle intese per l'esercizio unitario delle funzioni di propria competenza ai sensi dell'art. 117, ottavo comma, della Costituzione[27]; diversamente, venivano dichiarati inammissibili i quesiti relativi al c.d. regionalismo differenziato, in quanto ritenuti tardivi o, comunque, incompatibili con le iniziative già intraprese dal Presidente della Giunta regionale e volte all'ottenimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia[28].

[25] L'art. 14 St., al comma 1, prevede che il Consiglio regionale possa deliberare l'indizione di referendum consultivi su tutte le iniziative e i provvedimenti di competenza della Regione. La legge regionale 30 aprile 1975, n. 25 (*Referendum* popolare), in seguito alle modifiche apportate dalla l. reg. 25/2018, dispone che, entro il 31 ottobre di ciascun anno, la Consulta esamini le richieste di referendum abrogativo o consultivo presentate entro il 30 settembre. Le richieste di referendum non sono giudicate ammissibili qualora vi siano irregolarità nella presentazione della documentazione, ovvero non siano rispettati i requisiti previsti dallo Statuto regionale e dalla legge. È stabilito, infine, che la Consulta provveda, sentiti i promotori e i delegati delle richieste di referendum, alla concentrazione di quelle tra esse che rivelino uniformità o analogia di materia.

[26] L'articolo 3, terzo comma, della l. reg. n. 25/1975 include tra i promotori di referendum consultivo anche un quinto dei componenti del Consiglio regionale. Per un approfondimento sui referendum "autonomistici" promossi dalle Regioni Veneto e Lombardia si rinvia a O. Caramaschi, *Il* referendum *per l'autonomia di Lombardia e Veneto: riflessioni sul valore del* referendum *consultivo*, in «Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali», n. 1, 2019.

[27] Il comma ottavo dell'art. 117 Cost. dispone che «la legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni». Sul concetto, politicamente declinato nella creazione di una "Macroregione del Mezzogiorno", si rinvia alla riflessione del capo dell'opposizione di centro-destra nel Consiglio regionale della Campania, Stefano Caldoro, contenuta in *Autonomia Regionalismo Macroregione*, Giapeto editore, Napoli, 2023.

[28] La deliberazione della Consulta (n. 3 del 30 settembre 2019) cita a riguardo la nota del 10 luglio 2019, a firma del Presidente della Giunta regionale, con cui, sulla

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

3. *Alcune notazioni conclusive: quale futuro per la Consulta campana?*

Dal quadro sintetico delle pronunce della Consulta statutaria nel suo primo quinquennio di attività emerge con nettezza il dato, invero comune alle altre esperienze regionali, relativo all'assenza di decisioni sulla statutarietà di delibere legislative o proposte di regolamenti (e, nel caso della Campania, anche degli atti relativi alla fase ascendente del processo normativo europeo), che pure avevano rappresentato la funzione principale per la quale tali organismi erano stati originariamente concepiti[29].

Appare in tal senso ragionevole la tesi, radicata in dottrina, secondo cui l'inerzia degli aventi diritto a ricorrere all'organo di garanzia statutaria (nel caso campano il Presidente della Giunta regionale, il Presidente del Consiglio regionale e un quarto dei consiglieri in carica) sarebbe da ricondurre a una consolidata diffidenza nei confronti di opinioni che, seppure di natura tecnica, sono inevitabilmente destinate a interferire nella dinamica politico-istituzionale[30]. Nel contesto istituzionale campano la circostanza potrebbe essere stata

scorta degli atti di indirizzo approvati dal Consiglio regionale nelle sedute del 31 gennaio 2018 e del 5 febbraio 2019, si era provveduto a trasmettere al Governo nazionale una «proposta di accordo preliminare in merito all'Intesa prevista dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, tra il Governo della Repubblica Italiana e la Regione Campania». Il pronunciamento della Consulta è stato recentemente ricordato da M. Villone, *Comune e Regione, un referendum sull'autonomia*, in *La Repubblica*, edizione Napoli, 15 febbraio 2024, in concomitanza con il percorso di approvazione parlamentare del disegno di legge "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" (A.S. n. 615 - A.C. n. 1665), presentato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli.

[29] Cfr. P. Caretti, *op. cit.*, p. 8. Cfr. anche C. Combi, *Gli organi regionali di garanzia statutaria*, in «Osservatoriosullefonti.it», n. 3, 2008, p. 5 ss. A una funzione «mista di garanzia: insieme e inscindibilmente di consulenza e di controllo» accenna A. Spadaro, *Ancora sugli organi regionali di garanzia statutaria, fra tante luci e qualche ombra*, in «Le Regioni», n. 3, 2010, p. 465 ss.

[30] *Ibidem.* Ad avviso di M. Ferrara, *op. cit.*, p. 3, «il rischio potenziale di un'incisione sull'indirizzo politico della maggioranza o sugli equilibri consiliari ne inibisce concretamente il ricorso». Per M. Cavino, G. Di Plinio, *op. cit.*, p. 3, «pure le opposizioni hanno capito che, per non avere noie» è preferibile «negoziarsi dialetticamente le scelte importanti senza che un giudizio oggettivo e tombale ne limiti la discrezionalità». Sul punto cfr. anche N. Lupo, *op. cit.*, p. 626.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

poi rafforzata dalla presenza, diffusasi in via di prassi, di una forma di rinvio delle delibere legislative da parte del Presidente della Giunta, a coprire nei fatti lo spazio occupabile dal "ricorso" alla Consulta[31], ma senza per questo vicariare quelle caratteristiche di imparzialità proprie di un organo a composizione esclusivamente tecnica[32].

È, però, proprio l'evoluzione materiale dell'organismo a suggerire possibili soluzioni per una sua maggiore valorizzazione, a partire dalla formalizzazione della facoltà di intervento sui progetti di legge non ancora approvati dal Consiglio, come suggerito peraltro dalla stessa Consulta nella sua relazione di fine mandato[33]. L'attribuzione di una simile funzione potrebbe contribuire infatti alla sua qualificazione in termini di «organo di supporto finalizzato a realizzare, insieme a tutto l'apparato consiliare servente alla produzione normativa, quella *better regulation* che l'Unione europea sta continuando a propugnare per sé e per gli Stati membri»[34]; nella medesima prospettiva

[31] Sul punto si rinvia, se si vuole, a R. Ricciardelli, *Il caso del rinvio delle leggi regionali, ovvero della curvatura inevitabilmente dualista della forma di governo neo-parlamentare*, in «Le Regioni», n. 4, 2023.

[32] Si pensi, a titolo di esempio, agli effetti che un eventuale controllo di statutarietà avrebbe potuto avere sulle vicende relative alla legge regionale 21 ottobre 2022, n. 14, con cui il Legislatore campano (su iniziativa dell'esecutivo regionale) ha disposto una seconda delegificazione della disciplina sull'ordinamento amministrativo degli uffici regionali (la prima delegificazione era stata effettuata con l'art. 2 della legge 6 agosto 2010, n. 8), senza che questo sortisse particolari effetti sul ricorso pendente dinanzi alla Corte costituzionale, sfociato in una pronuncia di incostituzionalità proprio per violazione dell'art. 123 Cost., che «assicura allo statuto regionale preminenza sulla legislazione» (così la sentenza n. 138 del 23 maggio 2023, punto 1 del Considerato in diritto). Per un maggiore approfondimento sulla questione, v. A. Vuolo, *Semaforo rosso per le delegificazioni in bianco. Nota a Corte cost., sentenza n. 138 del 2023*, in «Osservatorio costituzionale», n. 1, 2024; B. De Maria, La delegificazione regionale tra statuto e legge, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 4, 2023.

[33] Nella *Relazione sull'attività della Consulta nel 2023*, disponibile *online* all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/consulta-garanzia-statutaria*, è stata suggerita «l'opportunità di integrare le disposizioni normative di riferimento prevedendo espressamente la possibilità, per i soggetti legittimati, di richiedere pareri preventivi con riguardo a proposte di legge, così da ampliare utilmente le funzioni dell'Organismo; ciò al solo fine di rendere possibile costruttivo supporto al miglioramento della qualità della legislazione» (p. 3).

[34] Così L. Violini, *op. cit.*, p. 8. Li definisce «custodi della qualità normativa regionale» I. Salza, *I custodi della qualità normativa regionale: gli organi di garanzia*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

si porrebbe inoltre la previsione, pure suggerita in dottrina, di prevedere un intervento "eventuale" d'ufficio della Consulta sulla legittimità statutaria di proposte di legge o regolamento di iniziativa della Giunta o del Consiglio regionale[35], in coerenza con i pronunciamenti della Corte costituzionale che hanno collocato i pareri dell'organismo necessariamente nel contesto del processo legislativo regionale[36].

Sempre sul piano del rafforzamento della funzione consultiva dell'organismo, andranno valutati gli effetti dell'iniziativa di coinvolgimento della sezione regionale dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI), finalizzata alla diffusione della – poco conosciuta – opportunità per gli enti locali campani di interrogare la Consulta sull'interpretazione di leggi e atti amministrativi regionali[37].

In direzione di un ulteriore ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere l'intervento dell'organo vi è infine l'iniziativa legislativa, tuttora all'esame del Consiglio regionale, volta all'inserimento della tutela dell'ambiente all'interno dello Statuto, ispirata all'analoga riforma costituzionale varata nel 2022[38]. Il progetto di legge prevede

statutaria, in A. Natalini, G. Tiberi (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Il Mulino, Bologna, 2010.

[35] È la tesi sostenuta da P. Caretti, *op. cit*., pp. 9-10. A parere dell'A., «in questa logica, si potrebbe pensare di affidare agli organi di garanzia anche il compito di esprimersi sulla compatibilità degli atti normativi regionali (non ancora approvati) anche rispetto alla Costituzione o al diritto dell'Unione europea, così come potrebbe essere generalizzata scelta di affidare ad essi anche la rilevazione delle eventuali invasioni di campo dello Stato a danno delle competenze regionali (e dunque anche dello statuto che è a fondamento, insieme alla Costituzione, di quelle competenze)». Analogamente, M. Cavino, G. Di Plinio, *op. cit*., p. 5.

[36] In particolare, la sentenza 11 gennaio 2006, n. 12, punto 7 del Considerato in diritto. Più in generale sulle pronunce della Corte si rinvia a S. Gambino, *Le consulte statutarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Istituzioni del Federalismo», n. 4, 2011.

[37] Dell'iniziativa, assunta dal Presidente p.t. dell'organismo, è dato conto nella citata *Relazione sull'attività della Consulta nel 2023* (p. 13).

[38] Il riferimento è al testo unificato delle proposte di legge a iniziativa dei Consiglieri Frezza, Borrelli, Ciarambino, Aversano, Cammarano, Ciampi, Cirillo, Muscarà e Saiello, recante "Modifiche alla legge regionale 28 maggio 2009, n. 6 (Statuto della Regione Campania) in materia di tutela dell'ambiente" (R.G. n. 42-108-119). Per un maggiore approfondimento sulla riforma contenuta nella legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, esplicitamente citata nella relazione descrittiva di accompagnamento al progetto di legge regionale, si rinvia a L. Bartolucci, *Le generazioni*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

infatti che la Consulta possa esprimere pareri sul rispetto dei principi ambientali da parte di leggi e regolamenti regionali, su richiesta delle associazioni di settore[39].

Si tratta, a ben vedere, di un insieme di segnali convergenti sulla necessità di avviare un processo di riforma dell'organismo, avvertita anzitutto dagli stessi componenti uscenti della Consulta, che per primi si sono misurati con vizi e virtù della disciplina varata – in ritardo rispetto alle altre regioni italiane – dal legislatore campano, ovvero quando già si erano consolidate posizioni tese a rivitalizzare i collegi di garanzia statutaria, pena la loro "scomparsa per desuetudine"[40]. Ai membri della nuova Consulta toccherà invece scoprire se gli sarà riservata la sorte di "arbitri" o "vittime" della politica regionale[41].

future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2022.

[39] Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 57 St., nella formulazione dei proponenti, prevede che «la Consulta, anche su richiesta delle associazioni di protezione ambientale riconosciute ai sensi della legislazione vigente, esprime pareri sul rispetto, da parte delle leggi e dei regolamenti regionali, dei princìpi di precauzione e di non arrecare danni significativi ambientali, nonché della correzione dell'inquinamento alla fonte, del "chi inquina paga" e dell'azione preventiva». Il testo è disponibile *online* all'indirizzo: *https://www.cr.campania.it/leggi-progetti/proposte*.

[40] Cfr. P. Caretti, *op. cit.,* e più in generale gli atti del convegno *Gli organi di garanzia statutaria nella forma di governo regionale fra bilanci e prospettive future* del 13 aprile 2018, pubblicati in «Osservatorio sulle fonti», n. 3/2018 e diffusamente citati in questo contributo. Alla necessità di avviare «un processo di autorinnovo dei Collegi statutari» accenna invece M. Ferrara, *I Collegi di garanzia statutaria a quasi vent'anni dalla revisione del Titolo V della Costituzione. È il tempo dell'autoriforma?*, in «Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali», n. 1/2019, pp. 20-21. Secondo gli ultimi dati, pubblicati sulla rivista Consulta Online, disponibile *online* all'indirizzo: *https://giurcost.org*, le Regioni ad aver previsto organismi di garanzia nelle proprie carte statutarie sono 14, di cui risultano attualmente in funzione solo 7 (Abruzzo, Basilicata, Campania, Emilia-Romagna, Piemonte, Toscana, Umbria); in 2 Regioni (Calabria e Liguria) sono stati istituiti, ma successivamente soppressi.

[41] L'espressione è mutuata da D. Baldazzi, *Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?*, in «Istituzioni del Federalismo», n. 5/2005. Nel momento in cui si scrive sono in corso le procedure per il rinnovo dell'organismo.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Gennaro Rotondo

Interpretazione evolutiva e approccio consumeristico nel raffronto tra le normative in tema di *ius variandi*: il caso dei servizi di pagamento

Sommario: 1. Premessa. La modifica unilaterale del contratto nella disciplina dei servizi di pagamento. – 2. Lo *ius variandi* nei servizi di pagamento. – 3. Un raffronto in chiave consumeristica tra le discipline settoriali in tema di *ius variandi*. L'art. 118 del Testo unico bancario. – 4. *Segue*. I rapporti tra l'art. 126-*sexies* e la disciplina del codice del consumo.

1. *Premessa. La modifica unilaterale del contratto nella disciplina dei servizi di pagamento*

Il deterioramento complessivo della congiuntura economica complessiva, dovuto anche ad alcuni fenomeni inediti di crisi – si pensi, tra l'altro agli effetti dell'emergenza pandemica ai conflitti in Ucraina e in Medio Oriente, ai frequenti dissesti bancari, al contesto di elevata inflazione – ha riproposto con vigore il problema del riequilibrio del sinallagma contrattuale, soprattutto in settori connotati da asimmetria negoziale, come quello bancario/finanziario. In questo ambito, come è noto, gli intermediari ricorrono abitualmente all'istituto della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali con i clienti per far fronte alle variazioni congiunturali relative a rapporti negoziali massificati per definizione.

La matrice di *lex specialis* di questo rimedio è più che evidente, dal momento che nell'ordinamento generale la previsione di poteri *ex uno latere* modificativi dell'accordo originario, a prescindere dalla volontà della parte che subisce la modifica, si pone in deroga al principio dell'intangibilità del contratto, espressa dall'art. 1372, comma 1, c.c., il quale attesta la "normalità" della base consensuale delle fattispecie modificative del contratto[1]. Tuttavia, la rilevanza nella legi-

[1] In argomento, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1961, p. XIV ss.; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 Cod. civ.)*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

slazione speciale di ipotesi legali e negoziali di *ius variandi* finisce evidentemente per "intaccare" la già precaria univocità del principio di forza di legge del contratto e dell'intangibilità dell'assetto di interessi originariamente concordato dalle parti[2]. Non a caso, gli esempi più significativi di fattispecie di *ius variandi* settoriali si annoverano proprio nell'ambito del comparto bancario e finanziario e, per quanto qui rileva, anche in quello della prestazione di servizi di pagamento[3].

Il presente lavoro si occupa, infatti, della disciplina della modifica unilaterale in questa specifica ipotesi, attraverso un'analisi comparata con la disciplina prevista per i contratti bancari e applicando il prisma della matrice consumeristica dettata dal codice del consumo con riguardo ai contratti finanziari conclusi con i consumatori, anche alla luce alla luce dell'art. 33 della legge delega n. 88 del 7 luglio 2009, il quale richiede l'adozione di misure necessarie al fine di garantire una completa equiparazione tra i diversi regimi di *ius variandi* previsti dagli artt. 118 e 126-*sexies* t.u.b.

Giuffrè, Milano, 1952, p. 373 s.; P. Rescigno, *Contratto I) in generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; R. Sacco, G. De Nova (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, II, Utet, Torino, 2004, p. 11 ss.; G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 52 ss.; F. Galgano, *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 512 ss.; V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Utet, Torino, 2011, *passim*; A. Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 99 ss.; G. Iorio, *Le clausole attributive dello* ius variandi, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1. ss.

[2] G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 42 ss.; M. Gambini, *Fondamento e limiti dello* ius variandi, ESI, Napoli, 2000, p. 151 s.

[3] Sull'eccezionalità delle norme in tema di *ius variandi* quali deroghe al principio di cui all'art. 1372 c.c., G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Giuffrè, Milano, 1994, II, p. 24; M. Bussoletti, *La normativa sulla trasparenza: il* ius variandi, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II. *L'attività delle banche*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 476. Per un'interpretazione restrittiva delle norme eccezionali, v. A.A. Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 456; F. Martorano, *Il credito al consumo*, in A. Brozzetti, V. Santoro (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 182 ss.; C. Di Sinno, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, ESI, Napoli, 1995, p. 224. Mentre un'apertura all'applicazione in analogia delle norme eccezionali si rinviene in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 2018, p. 10 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si tratta, purtuttavia, di una proposta di analisi che va inquadrata comunque in chiave problematica, poiché l'applicazione generalizzata di criteri interpretativi a discipline che si differenziano in punto di *ratio* sia normativa sia applicativa, in ragione di ricostruzioni fondate su esigenze di omogeneità sistemica, presenta sicuramente margini ulteriori di approfondimento ermeneutico[4].

2. *Lo* ius variandi *nei servizi di pagamento*

Tanto premesso, norma centrale ai fini della presente analisi è l'art. 126-*sexies* t.u.b. il quale disciplina la modifica unilaterale delle condizioni dei contratti quadro aventi ad oggetto la prestazione di servizi di pagamento[5], adottando un approccio regolatorio tendenzialmente flessibile, rispetto al più rigoroso impianto predisposto dall'art. 118 t.u.b. Inoltre, la norma pone alcune deroghe alla disciplina generale (sebbene in conformità al disposto dell'art. 44 della direttiva 2007/64/CE) che hanno sollevato questioni interpretative e che solo parzialmente si giustificano in ragione delle esigenze di tutela della controparte negoziale, per vero non del tutto corrispondenti e omogenee a quelle tipiche delle operazioni bancarie[6].

In base a questa norma, il contratto quadro può disporre, tra l'altro, che le modifiche proposte dall'intermediario si intendano accettate salvo che il cliente non ne rifiuti *espressamente* l'applicazione entro la data di decorrenza delle stesse, che non può essere inferiore a

[4] La Corte di giustizia UE, con sentenza dell'11 novembre 2020 (C-287/19, pt. 47), ha chiarito che la facoltà di modifica unilaterale del contratto quadro non può alterare le caratteristiche del prodotto. Cfr. A. Dalmartello, *Il sistema europeo dei servizi di pagamento e i pagamenti anonimi "contactless"*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», n. 4, 2021, p. 837 ss.

[5] Tra i primi commenti v., tra gli altri, M. Rispoli Farina, *Trasparenza e servizi di pagamento*, in *Innovazione e diritto*, 2012, p. 10; A. Spena, Sub *art. 126*-sexies, in M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1111 ss.

[6] S. Pagliantini, *La nuova disciplina del cd.* ius variandi *nei contratti bancari: prime note critiche,* in *Contratti,* 2011, p. 197; v. altresì A. Sciarrone Alibrandi, *Sub* art. 126-*bis*, in *Testo unico bancario*, p. 1080 ss.; G. Olivieri, *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 1, 2011, p. 157 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

due mesi dal ricevimento della comunicazione in forma scritta o su altro supporto durevole. Inoltre, la proposta deve fare riferimento alle conseguenze dell'inerzia del cliente, nonché all'esistenza del diritto di recedere senza spese prima della data prevista di applicazione della modifica (art. 126-*sexies*, comma 2, t.u.b.).

Il tenore della disposizione consente, da un lato, l'equiparazione convenzionale tra il silenzio del destinatario e l'accettazione della proposta modificativa e, dall'altro, fa salva la facoltà di rifiuto consentendo il diritto di recesso senza spese dell'utilizzatore. Tale schema regolamentare, tuttavia, rende necessario tracciare i confini strutturali del negozio modificativo di cui al comma 2 dell'art. 126-*sexies*[7], nel senso di accertare se il dato legislativo riconosca al prestatore di servizi di pagamento un vero e proprio diritto potestativo di variazione unilaterale del contratto[8], cui l'utilizzatore possa reagire esclusivamente tramite il recesso, ovvero intenda configurare il potere di iniziativa del prestatore come una mera "proposta" di modifica[9] che richiede, in ogni caso, l'accettazione (anche tacita) della controparte[10]. Non emerge, infatti, con chiarezza, se l'espresso diniego dell'utilizzatore implichi inevitabilmente l'esercizio del diritto di recesso ovvero possa impedire l'applicazione delle modifiche congiuntamente alla sopravvivenza del rapporto[11].

Si tratta di questione che rileva, soprattutto, in punto di implicazioni fattuali del rifiuto della modifica unilaterale proposta dall'intermediario. Secondo la dottrina che propende per la tesi dell'accettazione tacita, il rifiuto consentirebbe al cliente di mantenere in vita il rapporto

[7] A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra* ius variandi *e rinegoziazione*, ESI, Napoli, 2017, p. 139 ss.

[8] A. Spena, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 1113 s.; G. Olivieri, *Usi e abusi dello* ius variandi *nei contratti bancari*, in A.A. Dolmetta, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), Ius variandi *bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 65.

[9] In tal senso si sono espressi: V. Profeta, *Commento* sub *articolo 34, comma 1, lettera* b)*, Articolo 126*-sexies *T.u.b., Modifica unilaterale delle condizioni*, in Aa.Vv. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 552 ss.; M.L. Gambini, Ius variandi *bancario e finanziario tra tolleranza e reazioni del cliente*, in «Banca, borsa e titoli di credito», n. 1, 2012, p. 424 s.; M. Onza, *La «trasparenza» dei «servizi di pagamento» in Italia (un itinerario conoscitivo*), in «Banca, borsa e titoli di credito», n. 1, 2013, p. 577.

[10] M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2273 s.

[11] A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti*, cit., p. 142 s.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

a condizioni invariate. Laddove, invece, si interpreti la norma come posta a fondamento di un vero e proprio *ius variandi*, il recesso dal rapporto entro il termine di preavviso sarebbe l'unica possibilità concessa al cliente per non sottostare agli effetti della modifica unilaterale[12].

Su questo profilo qualificatorio dell'iniziativa dell'intermediario, tuttavia, le posizioni della dottrina non sono univoche[13].

Qualora si accolga la tesi secondo cui la norma attribuisce al prestatore un vero e proprio *ius variandi*, si dovrebbe ammettere che tale diritto potestativo[14] possieda un'ampiezza maggiore rispetto al corrispondente istituto disciplinato dall'art. 118 t.u.b., determinando così un'asimmetria applicativa tra le due norme[15]. In effetti, malgrado le modifiche intervenute nel tempo, che hanno omologato il periodo di preavviso per l'attivazione delle modifiche o l'esercizio del diritto di recesso, tra i due regimi restano comunque evidenti le differenze di disciplina all'interno di un quadro normativo[16] che, secondo alcuni, dovrebbe tendere all'omogeneità.

D'altra parte, è prevalente l'opinione che si tratti di un diritto potestativo[17], per cui dal dato letterale dell'art. 126-*sexies*, comma 1, t.u.b., si ricava che l'iniziativa del prestatore del servizio si configura funzionalmente come proposta, i cui effetti sono subordinati all'accettazione dell'utilizzatore. La norma mira, pertanto, a smussare il riconoscimento di uno *ius variandi* illimitato delle condizioni generali, subordinandone gli effetti a una manifestazione di acquiescenza da parte del cliente. Tuttavia, il contratto quadro può prevedere che la modifica si consideri accettata a meno che l'utilizzatore non comunichi il suo rifiu-

[12] A. Spena, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 1112 s.; M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2276 s.

[13] Sul punto, v. A. Mirone, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in «Banca, borsa e titoli di credito», 2014, p. 377 ss.; A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti*, cit., p. 141.

[14] A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative di* ius variandi *nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A.A. Dolmetta, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), Ius variandi *bancario*, cit., p. 69.

[15] S. Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo* ius variandi *bancario: tracce per una lettura sistematica*, in «Le nuove leggi civili commentate», n. 1, 2012, p. 150.

[16] M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2274.

[17] A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 71 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

to, prima della data fissata per l'applicazione (art. 126-*quater*, comma 2). Nel caso in cui il contratto non contempli tale evenienza, è chiaro che la modifica possa trovare applicazione solo previa accettazione espressa della controparte[18]. L'inclusione nel contratto di tale meccanismo di silenzio-assenso sembra attribuire al prestatore un diritto di modifica unilaterale *ad nutum*, mitigato dalla sola possibilità di recesso, in quanto rimedio che finisce per coincidere con il rifiuto, non essendo possibile mantenere in esistenza il contratto originario[19].

In sostanza, secondo parte della dottrina, occorreva chiarire a monte se il Legislatore volesse attribuire al prestatore del servizio di pagamento un effettivo *ius variandi*[20], corredato dal diritto di recesso del cliente come unica via per sottrarsi alla modifica, ovvero se volesse riconoscergli la facoltà di proporre una modifica peggiorativa delle condizioni contrattuali che – sul modello della proposta con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333, comma 2, c.c.) – fosse destinata a produrre effetti ove non rifiutata dall'utilizzatore, potendo questi impedire la variazione anche senza recedere dal contratto.

Altri autori, per vero, sono orientati nel senso di ritenere che il Legislatore abbia voluto disciplinare soltanto una procedura di accettazione tacita della modifica del contratto[21], sottolineando le differenze tra la fattispecie regolata dall'art. 126-*sexies* e quella di cui all'art. 118 t.u.b.

Questa conclusione, in effetti, verrebbe confermata dal fatto che l'art. 126-*sexies* non qualifica come "unilaterale" la proposta di modifica, contrapponendovi l'accettazione o il rifiuto dell'utilizzatore e prospettando l'eventuale definizione di un diverso assetto negoziale. Inoltre, essendo prevista la necessaria presenza di un giustificato motivo solo per consumatori o microimprese[22], a supporto della propo-

[18] Cfr. A. Spena, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 1111; M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2273; S. Pagliantini, *La nuova disciplina*, cit., p. 154 ss.

[19] Al riguardo M. Rispoli Farina, A. Spena, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. Rispoli Farina e al. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64 CE*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 91 s.

[20] Per un quadro delle opinioni sul punto, v. A. Mirone, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 378.

[21] Cfr. V. Profeta, Sub *art. 126*-sexies *t.u.b.*, cit., p. 554 ss.

[22] Sul regime previgente all'introduzione del comma 4-*bis* dell'art. 126-*sexies*, V. Profeta, Sub *art. 126*-sexies *t.u.b.*, cit., p. 557; G. Olivieri, *Usi e abusi del ius va-*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

sta di variazione, si prospetterebbe per gli altri clienti anche l'ipotesi di espansione dei contenuti contrattuali mediante l'introduzione di elementi negoziali non previsti in precedenza nel contratto quadro[23]. Secondo questo orientamento, pertanto, sarebbe da escludere la possibilità di interpretare l'art. 126-*sexies*, comma 2, t.u.b. sulla falsariga dell'art. 118 t.u.b., in quanto la proposta del prestatore del servizio integra già una modifica del contratto la cui efficacia è sospesa sino alla scadenza del termine per l'eventuale esercizio del recesso, senza che il cliente possa vanificarla mediante un espresso rifiuto, in quanto ciò potrebbe accentuare significativamente lo squilibrio sinallagmatico[24].

Nonostante queste argomentazioni, tuttavia, non appare possibile elidere integralmente la possibilità che l'art. 126-*sexies*, comma 2, t.u.b., configuri, come si accennava, un diritto potestativo di modifica in capo al prestatore del servizio di pagamento esercitabile previa inclusione nel contratto di apposita clausola contrattuale[25]. In primo luogo, sebbene l'esercizio dello *ius variandi* da parte del prestatore appaia più ampio rispetto a quello bancario, essendo esplicitamente richiesta la sussistenza di un giustificato motivo solo per una determinata categoria di clienti[26], va ribadito che l'esercizio del potere non può essere arbitrario[27], dovendo conformarsi comunque sul canone della buona fede (*ex* art. 1375 c.c.), la cui violazione renderebbe inefficace la proposta di modifica. Nondimeno, la declinazione concreta della buona fede, sotto forma di obbligo di trasparenza, può imporre

riandi, cit., p. 116; *contra* A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 75.

[23] *Contra* M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 1997.

[24] S. Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo* ius variandi, cit., p. 161; nonché, *amplius*, V. Profeta, Sub *art. 126*-sexies *t.u.b*, cit., p. 558.

[25] Nel senso che si tratti di un'ipotesi di *ius variandi*, A. Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 75.; G. Olivieri, *Usi e abusi dello* ius variandi, cit.; A. Mirone, *Le "fonti private "del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari,* in «Banca, borsa e titoli di credito», n. 1, 2009, p. 262; M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2273 ss.

[26] Diversamente orientati, A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 74 ss.

[27] Cfr. S. Pagliantini, *La nuova disciplina*, cit., p. 161 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

al prestatore un onere di allegazione del motivo posto a fondamento dello *ius variandi* – simile a quello previsto, in via interpretativa, per l'art. 118 t.u.b. con riferimento al giustificato motivo – sì da consentire al cliente di comprendere le ragioni delle modifiche e valutare la possibilità di recedere dal contratto. In aggiunta, se l'utilizzatore avesse la concreta facoltà di rifiutare la variazione e ottenere la continuazione del rapporto alle condizioni originariamente convenute, risulterebbe svuotato di rilievo applicativo l'obbligo di avvertirlo circa la possibilità di recedere dal contratto, tra l'altro, senza penalità e senza spese di chiusura (cfr. art. 126-*septies*, t.u.b.).

In definitiva, si può agevolmente notare come la disciplina dell'art. 126-*sexies* t.u.b. abbia posto questioni interpretative e applicative in ordine precipuamente alla qualificazione del diritto di variazione concesso al prestatore di servizi di pagamento, generando l'esigenza di valutare scrupolosamente la liceità e la meritevolezza delle clausole derogatorie, con riferimento ai singoli profili coinvolti nella disciplina contrattuale.

3. *Un raffronto in chiave consumeristica tra le discipline settoriali in tema di* ius variandi. *L'art. 118 del testo unico bancario*

Come si è accennato e come può desumersi da quanto precede, l'analisi della disciplina di cui all'art. 126-*sexies* t.u.b. fornisce diversi indicatori secondo cui l'istituto dello *ius variandi*, riferito al contratto quadro relativo ai servizi di pagamento, è sovrapponibile solo parzialmente allo schema applicativo, delineato da dottrina e giurisprudenza (anche stragiudiziale), con riguardo all'art. 118 t.u.b.

In primo luogo, va detto che su tale affermazione incide, tra l'altro, la differente matrice delle due norme: l'art. 126-*sexies* deriva dal recepimento di regole europee, mentre l'art. 118 ha invece origine meramente domestica. Circostanza che ha posto – e pone tuttora – questioni ermeneutiche, di coordinamento e di raffronto tra le due discipline anche tenendo conto del rapporto di specialità sussistente tra le medesime[28]. Difatti, per la definizione dell'ambito applicativo

[28] A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo* ius variandi *nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in «Rivista di diritto civile», 2016, p. 136 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

delle due discipline – in punto di rapporti cui si applica l'una o l'altra – occorre fare riferimento alla Sezione VI delle *Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* (par. *Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*) della Banca d'Italia, ove si prevede, a fini di coordinamento, che: «nel caso di contratti quadro relativi a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente, la disciplina prevista dal presente paragrafo si applica alle sole modifiche aventi ad oggetto le condizioni relative al servizio di pagamento». Se la struttura di prezzo non consente di identificare le componenti di costo riguardanti in modo specifico i servizi di pagamento, a tutte le modifiche si applicano l'art. 118 t.u.b. e il par. 2 della sezione IV. Alle carte di credito si applica in ogni caso la disciplina prevista dall'art. 126-*sexies* t.u.b. e quella del par. in questione»[29].

Tanto premesso, è pacifico che entrambe le disposizioni prevedano una scansione procedurale con alcuni tratti comuni: l'inserimento in contratto di una clausola che legittima il diritto di variazione e consente la modifica dei soli contenuti (di qualsiasi natura) già esistenti nell'originario regolamento negoziale (salvi gli aspetti dibattuti, di cui si è detto); l'invio di una comunicazione qualificata come «proposta di modifica unilaterale», effettuata in forma scritta o su altro supporto durevole e recante un termine di preavviso di 2 mesi; il diritto di recesso dal contratto esercitabile dal cliente, qualora decida di non accogliere la proposta; l'inefficacia delle modifiche proposte in difetto delle condizioni previste[30].

D'altra parte, si evidenziano al contempo diversi profili di asimmetria applicativa tra le due norme[31], a partire da quello relativo al regime di derogabilità pattizia. Difatti, mentre l'art. 126-*sexies* t.u.b. può essere convenzionalmente derogato (in tutto o in parte) qualora il cliente sia diverso da un consumatore (comma 4-*bis*), per i contrat-

[29] Cfr. A. Centini, *Lo* ius variandi *dell'art. 126*-sexies *t.u.b. Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 25 giugno 2021, n. 15627*, in «Diritto del risparmio», n. 3, 2022, p. 26 s.

[30] Cfr. A. Leidi, *I servizi di pagamento*, in F. Fiorucci (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Cedam, Padova, 2012, p. 528 ss.; A. Centini, *Lo* ius variandi *dell'art. 126*-sexies *t.u.b.*, cit., p. 27 s.

[31] M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2275 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ti bancari, invece, l'art. 118 t.u.b. consente che l'autonomia privata incida solo in caso di modificabilità dei tassi di interesse nei rapporti a tempo determinato (comma 2-*bis*), purché siano esplicitati in contratto eventi e condizioni su cui si fonda la variazione (con clausola da approvare specificamente per iscritto).

Altro aspetto di differenziazione attiene all'esigenza, imposta dall'art. 126-*sexies*, di richiedere l'approvazione della clausola contrattuale di legittimazione della modifica unilaterale solo quando la stessa rechi un contenuto peggiorativo per il cliente, laddove il modello dell'art. 118 t.u.b. impone sempre e comunque tale adempimento confermativo.

Inoltre, la norma sui servizi di pagamento non fissa alcuna sanzione in caso di violazione dei suoi precetti, a differenza dell'art. 118 che dispone, invece, l'inefficacia delle modifiche illegittimamente poste in essere, ove sfavorevoli al cliente.

In ultimo, la distonia più marcata tra i due regimi in questione era quella relativa alla mancata previsione nell'art. 126-*sexies* del giustificato motivo, essendo richiesto solo in caso di modifica riguardante la contestuale applicazione della disciplina consumeristica[32]. D'altronde, sebbene tale omissione facesse apparire l'esercizio del potere di variazione unilaterale da parte del prestatore di servizi di pagamento più ampio rispetto all'omologo bancario – motivo per cui alcuni autori ritenevano comunque necessaria la previsione di un giustificato motivo per la variazione[33] così come l'applicazione analogica dell'art. 1341, comma 2 c.c.[34] – si deve ribadire che il relativo potere andava (e va) esercitato, in ogni caso, nel rispetto del principio di buona fede, in difetto del quale è inefficace ogni modifica che si riveli meramente arbitraria. In ogni caso, a questa situazione ha parzialmente rimediato l'introduzione nell'art. 126-*sexies* del comma 4-*bis*, di cui si dirà più in dettaglio nel prossimo paragrafo.

In definitiva, i due ambiti regolatori esaminati presentano sì comuni esigenze di inquadramento sistemico (relative al giustificato motivo, alla possibilità di accettare la modifica o recedere dal rapporto senza ritornare alle condizioni precedenti e così via), ma non

[32] G. Olivieri, *Usi e abusi dello* ius variandi, cit., p. 74 ss.

[33] Cfr. M. Onza, *La «trasparenza*, cit., p. 577 ss.

[34] A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 71 s.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

risultano integralmente sovrapponibili, sia in ragione della evidente peculiarità dell'attività bancaria in senso stretto – e quindi di un conseguente maggiore rigore della norma sulla variazione unilaterale – sia perché la disciplina dei servizi di pagamento presenta margini di flessibilità applicativa che solo attraverso complesse curvature interpretative possono farsi coincidere con quelli che esige l'art. 118 t.u.b. Ne consegue che la cospicua elaborazione dottrinale riferita allo *ius variandi* bancario non è suscettibile di automatica estensione né all'ambito civilistico né ad altre ipotesi settoriali, in ragione di differenze incentrate sulla natura economica delle componenti negoziali suscettibili di modifica ovvero sulla tipologia dei contratti e delle situazioni soggettive coinvolte (si pensi *in primis* alle esigenze costituzionali di tutela del risparmio).

Da una simile declinazione interpretativa della questione emerge, pertanto, come lo *ius variandi* bancario sia strumento manutentivo delle sopravvenienze diverso e più incisivo rispetto a quelli di diritto comune, sia in termini di limitazione dell'autonomia di impresa (della banca) che dell'autonomia negoziale privata. Ne consegue che, in difetto di una regolazione generale del diritto di modifica unilaterale, ricondurre dogmaticamente il fondamento dello *ius variandi* bancario ai principi ricavabili dalla sola normativa codicistica appare un'evidente forzatura che non tiene conto della specialità teorica e applicativa dell'istituto settoriale.

4. Segue. *I rapporti tra l'art. 126*-sexies *e la disciplina del codice del consumo*

Come si è detto, anche il codice del consumo disciplina una forma di *ius variandi*, di fonte convenzionale[35], in cui l'attribuzione del po-

[35] In argomento v. C. Rizzuto, Sub *art. 1469*-bis, *comma 3°*, *n. 11*, in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469*-bis - *1469*-sexies, Cedam, Padova, 1999, p. 342; A. Gorgoni, Sub *art. 33, comma 2, lett. m)*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, p. 281 ss.; C. Cecere, *Sub art. 1469*-bis, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Jovene, Napoli, 1996, p. 78; A. Diurni, Sub *art. 1469*-bis, *3° comma*, *nn. 12 e 13*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di),

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tere è assoggettata a una generale presunzione di vessatorietà, laddove non venga indicato nel contratto un giustificato motivo a fondamento dell'esercizio del potere di modifica[36]. Naturalmente, restano fermi i limiti esterni all'esplicazione dello *ius variandi* nei contratti con i consumatori, rappresentati dai principi generali dell'ordinamento[37].

Con riferimento alla specifica interazione tra la norma sui servizi di pagamento e la disciplina consumeristica della variazione unilaterale dei contratti[38], va ricordato che il comma 5 dell'art. 126-*sexies* è stato abrogato e sostituito dal comma 4-*bis*[39] (in base al quale, se il cliente è un consumatore, il contratto quadro può essere modificato solo se sussiste un giustificato motivo). La disposizione rimossa conteneva una espressa clausola di salvaguardia per le disposizioni del Codice del consumo relative al potere di modifica *ex uno latere* del professionista finanziario[40], prevedendo un criterio positivo di coor-

Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Giuffrè, Milano, 2003, p. 481 ss.; F. Coluzzi, Sub *art. 1469*-bis, *3° comma*, *n. 11 - 4° comma*, *n. 2*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., p. 467; A. Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi*, cit., p. 73; F. Astone, *Commento* sub *art. 1469*-bis, *2° comma*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit.; M. Rispoli Farina, *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori di servizi bancari e finanziari*, in «Rivista di diritto dell'impresa», n. 2, 1998, p. 366; M.G. Cubeddu, Sub *art. 1469*-bis, *4° comma*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., p. 637 ss.; G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti con i consumatori"*, in «Rivista di diritto civile», 2008, p. 255; M. De Poli, *Le regole di comportamento dei «creditori» nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», n. 1, 2009, p. 33 ss.

[36] Cfr. M. Farneti, Ius variandi*, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b.* (Trib. Bolzano, 11 aprile 2005), in «Rivista di diritto privato», 2006, p. 856 s.

[37] In argomento, F. Coluzzi, Sub *art. 1469*-bis, cit., p. 459 s.; M. Farneti, Sub *art. 34*, in G. De Cristofaro, A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2010, p. 288 s.; U. Grassi, A. Minucci, Sub *art. 33*, *comma 2*, *lettera m*), in E. Cesaro (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo* (*d.lgs. 6 settembre 2005*, *n. 206*), Cedam, Padova, 2007, p. 208 s.

[38] Cfr. A. Dalmartello, *Il sistema europeo dei servizi di pagamento*, cit., p. 837 ss.

[39] Dal decreto legislativo n. 218 del 15 dicembre 2017.

[40] Cfr. A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 69 s.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

dinamento e condizionandone l'applicazione a un previo giudizio di "compatibilità"[41]. Veniva introdotta, così, una distinzione non contemplata dall'art. 118 t.u.b. (almeno fino al decreto-legge n. 70 del 13 maggio 2011), tra utilizzatori qualificabili come consumatori e altre categorie soggettive, prevedendo che solo ai primi si sarebbe applicata cumulativamente, ove compatibile, la normativa in materia di modifiche unilaterali prevista dal Codice del consumo. Quest'ultima, al fine di garantire un adeguato livello di protezione, richiede la presenza di un giustificato motivo per legittimare una modifica unilaterale, la quale può riguardare ogni condizione contrattuale, di carattere economico o normativo, esclusivamente nei contratti per la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, mentre in tutti gli altri casi la variazione può concernere esclusivamente le condizioni economiche.

Si può ritenere, dunque, che la natura di consumatore di chi utilizza strumenti di pagamento fosse stata configurata dal Legislatore come precondizione per applicare la disciplina sancita dal Codice del consumo. Per vero, l'utilizzatore diverso dal consumatore non era del tutto sprovvisto di tutela, poiché gli sarebbero state applicate le previsioni di cui al decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 (recepite nell'art. 126-*sexies*), a dimostrazione del fatto che il Legislatore europeo intendeva garantire tutela ampia al contraente in posizione di svantaggio negoziale a prescindere dalla sua qualificazione soggettiva. A ulteriore conferma di questa conclusione, basti osservare come il carattere derogabile della disciplina di cui al d.lgs. n. 11/2010 non elimina comunque la necessità di un'apposita pattuizione ai fini della sua disapplicazione[42]. Su questa scia, il Legislatore nazionale, in sede di attuazione della PSD, ha esteso le tutele garantite dal Codice del

[41] Cfr. A. Blandini, *Il codice del consumo e i servizi finanziari: riflessioni sulla posizione del consumatore*, in «Rivista di diritto privato», n. 1, 2007, p. 19 ss.; T. Capurro, *In tema di clausola attributiva dello* ius variandi *(Nota a T. Pescara, 23 marzo 2006)*, in «Banca, borsa, e titoli di credito», n. 2, 2008, p. 229 ss.; M. Costanza, *I consumatori: clienti speciali delle banche (Nota a Cass., sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051)*, in «Giustizia civile», n. 1, 2009, p. 701 ss.; R. Cusmai, *Servizi di investimento finanziario e norme di condotta dell'intermediario nel rispetto del contratto quadro (Nota a T. Rovigo, 18 gennaio 2008)*, in «Merito», n. 10, 2008, p. 13 ss.; G. Gimigliano, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in «Quaderni. giur. Banca d'Italia», n. 63, 2008, p. 77 ss.

[42] Cfr. M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2277.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

consumo anche alle micro-imprese (ossia quelle con meno di dieci dipendenti e fatturato annuo, o totale di bilancio annuo, non superiore ai 2 milioni di euro).

In definitiva, si era creato un assetto regolamentare che aveva sollevato dubbi interpretativi circa la gerarchia applicativa della disciplina sui servizi di pagamento rispetto a quella consumeristica, espressi in posizioni variegate della dottrina, ferma restando l'idea per cui, stante la necessaria coerenza con i principi dell'ordinamento europeo, risulta irragionevole l'attribuzione all'utente dei servizi di pagamento di una protezione minore di quella assicurata nei contratti bancari e finanziari. Esito da cui deriva, logicamente, che la disciplina di tutela in materia di clausole abusive trova applicazione anche nei rapporti aventi a oggetto servizi di pagamento[43].

La soluzione regolamentare più efficace, tuttavia, sarebbe stata quella di coordinare esplicitamente le due discipline in modo tale da cumulare gli strumenti di protezione a favore dell'utilizzatore/consumatore. Trattandosi, infatti, di normative in rapporto di reciproca specialità[44], eventuali problemi di raccordo applicativo tra l'art. 126-*sexies* t.u.b. e l'art. 33 cod. cons. (e, in una visione sistemica, anche con l'art. 118 t.u.b.) non possono risolversi con il ricorso al principio della valenza derogatoria della legislazione speciale[45], quanto ricorrendo a un meccanismo di sinergia tra le due norme che assicuri, nelle ipotesi di criticità e incertezza interpretativa, l'applicazione del-

[43] Si v. S. Pagliantini, *La nuova disciplina*, cit., p. 160 ss.; A. Spena, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 1116; M. De Poli, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 2273 s.

[44] F. Di Marzio, *Clausole abusive nei contratti bancari. Recesso,* ius variandi *e limitazioni di responsabilità*, in P. Perlingieri, E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, ESI, Napoli, 2004, I, p. 307, secondo cui le due normative sono tra di loro in rapporto di «specialità reciproca».

[45] Cfr. P. Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Cedam, Padova, 2009, p. 384 ss.; M. Bussoletti, *La disciplina del* jus variandi *nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», n. 1, 2005, p. 15 ss.; V. Piccinini, *I rapporti tra banca e clientela: asimmetria e condotte abusive*, Cedam, Padova, 2009, p. 297 ss.; G. Lener, *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in E. Gabrielli, R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Utet giuridica, Torino, 2011 (II ed.), p. 155 ss.; A. Scarpello, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in «Contratto e impresa», 2012, p. 267 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

la disciplina più favorevole per il consumatore[46], sempre nell'ottica di garantirgli la massima tutela possibile[47].

Di talché, l'esercizio dello *ius variandi* nei contratti quadro conclusi con un consumatore sarebbe stato subordinato, in ogni caso, alla sussistenza di un giustificato motivo (*ex* art. 33, commi 3 e 4, cod. cons.), anche prima dell'introduzione del comma 4-*bis*. Così come, sulla base del medesimo principio, qualora si tratti di rapporti a tempo determinato, la clausola che attribuisce il potere modifica unilaterale deve indicare in maniera esplicita le ragioni poste a fondamento dello stesso [*ex* art. 33, comma 3, lett. *m*)].

In aggiunta, il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 126-*sexies* t.u.b., impone che la comunicazione della proposta di modifica debba essere inviata personalmente al cliente con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data prevista per la sua attuazione, non trovando applicazione la previsione di cui all'art. 33, comma 4, cod. cons.[48]. Ne consegue, nel silenzio della disciplina consumeristica, che la clausola sullo *ius variandi* vada specificamente approvata per iscritto anche nell'ambito di un contratto concluso con un cliente-consumatore[49], poiché tale prescrizione incrementa, seppure sul piano formalistico, il margine di tutela della parte che subisce la modifica unilaterale. È noto, infatti, che il meccanismo della doppia sottoscri-

[46] S. Pagliantini, *La nuova disciplina*, cit., p. 193; nonché, E. Capobianco, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori,* ESI, Napoli, 2000, p. 100 s.

[47] V., *ex multis*, G. Lener, *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in E. Gabrielli, R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, cit.; A. Gorgoni, Sub *art. 33, comma 2, lett. m)*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, p. 300 s. Mentre in giurisprudenza, Corte d'Appello di Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it*., 2003, c. 351; Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in «Rivista di diritto privato», 2006, con nota di M. Farneti, p. 853 ss.; Trib. Palermo, Sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in «Giurisprudenza di merito», con nota di M. Gorgoni, cit., p. 2086 ss. Sul punto, v. altresì App. Roma, 24 settembre 2002, in «Corriere giuridico», 2003, p. 470 ss.

[48] Così, A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle normative*, cit., p. 70 ss.; S. Pagliantini, *La nuova disciplina*, cit., p. 160 s.

[49] Così, con riferimento ai contratti bancari, G. Romagnoli, *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*, in «Giurisprudenza commerciale», n. 1, 1998, p. 405 ss.; U. Morera, Sub *art. 118*, cit., p. 989 s.; A. Sciarrone Alibrandi, G. Mucciarone, *La pluralità delle* normative, cit., p. 66 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

zione, consente al cliente di avere adeguata contezza del potere di modifica unilaterale e di decidere così consapevolmente se aderire alla proposta o porre fine al rapporto.

In definitiva, l'introduzione del comma 4-*bis* implementa gli strumenti di protezione consumeristica nelle ipotesi di variazione *ex uno latere* delle condizioni contrattuali nella prestazione di servizi di pagamento[50]. Si ricava conferma di tale conclusione anche dal *considerando* 63 della PSD2, ove si auspica che «al fine di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori», gli Stati membri mantengono o introducono «restrizioni o divieti relativamente a modifiche unilaterali delle condizioni di un contratto quadro, ad esempio nel caso in cui la modifica non sia giustificata».

[50] Cfr. G.L. Greco, Sub *art. 126*-sexies, cit., p. 935 s.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Raffaello Santagata de Castro

"Tempo scelto" ed esigenze personali di cura e di assistenza: Italia e Germania a confronto

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Orario di lavoro, esigenze di cura e diritto dell'Ue. – 3. L'organizzazione dell'orario di lavoro e le esigenze di cura: la trasposizione della dir. 2019/1158/UE. – 3.1. L'esperienza tedesca. - 3.2. L'esperienza italiana in una prospettiva comparata: l'esempio del lavoro agile.

1. *Introduzione*

Il tema del *Work-life balance*[1] occupa da tempo uno spazio rilevante nell'agenda politica e nel discorso pubblico[2] e solo di recente ha conosciuto un significativo salto di qualità nella regolazione grazie alla spinta propulsiva del diritto dell'Ue. In questo contesto evoluti-

[1] Sull'evoluzione del significato del termine conciliazione cfr. per es. Treu, *Presentazione*, in Servidori, Maiani, Cafagna, *La conciliazione tra tempi di vita e di lavoro*, Giuffré, 2017, XV. Sulle criticità e sui paradossi delle politiche ispirate al WLB v. Fleetwood, *Special Issue: Re-thinking Work-Life Balance*, in *IJHRM,* 2007, p. 351, Chieregato, *A Work-Life Balance for All? Assessing The Inclusiveness Of Eu Directive 2019/1158* in *IJCL*, 2020, pp. 3-6.

[2] L'attualità del tema traspare anche dai risultati di una ricerca empirica dal titolo "*Cosa cercano le donne sul lavoro*", condotta da *ManpowerGroup*, uno dei colossi mondiali per la gestione delle risorse umane (se ne dà conto in *Il Sole 24 ore*, 1 marzo 2023, p. 21). Dal sondaggio, svolto in alcuni paesi europei e su un campione di 4mila lavoratori, è emerso che otto donne su dieci chiedono un miglior work-life balance con forme di flessibilità contrattate in base anche alle loro esigenze. Il 30% delle lavoratrici cambierebbe azienda solo per un miglior work-life balance. Inoltre, oltre un terzo delle donne sarebbe disposta a rinunciare al 5% dello stipendio per una settimana lavorativa di quattro giorni. E il 16% accetterebbe una riduzione salariale per poter lavorare da remoto (nonostante gli svantaggi che tale forma di lavoro presenta sul versante della crescita professionale).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

vo la dir. 2019/1158/UE del 20 giugno 2019 segna un punto di svolta giacché il legislatore europeo, per la prima volta, appresta un quadro organico di regole con il precipuo scopo di favorire l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare e migliorare, in qualche misura, le condizioni di vita dei lavoratori che siano genitori o prestatori di assistenza. In tal modo, si è voluto anzitutto rispondere all'esigenza di un approccio trasversale e sistematico[3] nella regolazione giuridica del tema, puntando ad una riforma di ampio respiro, che investisse il complessivo apparato degli istituti tipici della conciliazione e quelli ad essa strumentali[4]. Al contempo, il legislatore, per affrontare la sfida delle trasformazioni organizzative in corso (rivoluzione digitale, individualizzazione degli stili di vita etc.), propone un modello di regolazione in grado di offrire soluzioni modulabili a seconda del contesto e delle circostanze e di attribuire una valenza inedita al diritto di *scelta* del lavoratore rispetto ad una modulazione del tempo di lavoro[5].

In questa prospettiva si colloca il riferimento, all'art. 9, co. 1, alle modalità di lavoro flessibile (e in particolare, ad una "modulazione"

[3] Prima della dir. n. 1158 l'azione legislativa dell'UE si era realizzata solo attraverso interventi graduali e frammentati nella direzione di declinare i diritti di cui i lavoratori possono avvalersi per attuare modalità di lavoro flessibili. Lo evidenziano, tra gli altri, Caracciolo di Torella, *An emerging right to care in the EU: a "New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers"*, ERA Forum, p. 10; Scarponi, *"Work life balance" fra diritto Ue e diritto interno*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT* - 156/2021 pp. 3 e 12 ss. Sull'esigenza di un approccio trasversale nella regolazione giuridica in materia che «assicuri un minimo di integrazione tra le diverse dimensioni temporali». Gottardi, *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano* in Veneziani, Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009, p. 317. Cfr. anche Alessi, Bonardi, Calafà, D'onghia, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, 1, p. 111.

[4] Come è noto, l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne è strettamente intrecciata con la questione della parità di genere e del sostegno dell'occupazione (oltre che con questioni più generali come la crisi demografica).

[5] In generale, sulla necessità di rivisitare il fondamento teorico e culturale del diritto del lavoro sulla base di una nuova concezione dell'eguaglianza cfr. Del Punta, *Leggendo "The Idea of Justice", di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, p. 197. In una prospettiva analoga v. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, pp. 455-487.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'orario di lavoro), che, al pari delle misure classiche, come l'istituto dei congedi e/o i servizi di cura, può giocare un ruolo chiave per poter rispondere in modo efficace agli obiettivi di conciliazione (e di redistribuzione del ruolo familiare fra uomini e donne in modo meno diseguale)[6].

Come è noto, l'esperienza della pandemia ha contribuito a riportare l'attenzione sul tema, rilanciando una delle possibili "modalità di lavoro flessibile" nelle quali possono rilevare le finalità conciliative[7], ossia il lavoro da remoto (e il lavoro agile)[8], il cui utilizzo viene peraltro espressamente menzionato nella dir. 2019/1158/UE.

L'atteggiamento di favore verso i cc.dd. "*flexible working arrangements*" è evidente: già dal preambolo della direttiva c.d. *Work-life balance* emerge la consapevolezza che la difficoltà del lavoratore di acquisire un controllo sia sulla durata della prestazione sia sulla collocazione del proprio tempo di lavoro e di non lavoro potrebbe compromettere la conciliazione tra l'attività professionale e gli impegni familiari, venendo a costituire "uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro" (preambolo n. 10) poiché "quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite. È stato dimostrato che anche avere un familiare malato o dipendente ha un impatto negativo sull'occupazione femminile e porta alcune donne ad abbandonare completamente il mercato del lavoro".

In questa prospettiva la dir. 2019/1158/UE, all'art. 9, co. 1, con una previsione salutata con favore da una parte della dottrina[9], rico-

[6] Cfr. Waddington, Bell, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive - A comparative perspective*, in *ELLJ*, 2021, p. 508 ss.; Militello, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2021, p. 23-24; Caracciolo di Torella, *An emerging right*, cit., p. 10.

[7] Cfr. il recente rapporto promosso dall'Oil (*Working Time and Work-Life Balance Around the World*. International Labour Office, 2022) che analizza un'ampia gamma esistente di modelli di flessibilità oraria.

[8] Ichino, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in *www.lavoce.info*, 28 febbraio 2020. Cfr. anche Alessi, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'Ue*, Vita e Pensiero, 2022, p. 29 e ss.

[9] Scarponi, "*Work life balance*", cit., p. 12; Alessi, Bonardi, Calafà, D'onghia, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

nosce a coloro che hanno responsabilità genitoriali (genitori con figli di età non inferiore a 8 anni) oppure di assistenza, il diritto a chiedere "modalità di lavoro flessibili" al fine di assolvere a tali compiti. Diritto, questo, al quale fa da contraltare l'obbligo del datore di lavoro di "prendere in considerazione" tali richieste e di rispondere in tempi ragionevoli *motivando* l'eventuale rifiuto della richiesta o il differimento della stessa. Si prevede poi che ai lavoratori sia assicurato il diritto di ritornare all'organizzazione originaria della vita professionale (reversibilità), anche prima della fine del periodo convenuto, ogniqualvolta un "cambiamento delle circostanze" lo giustifichi.

Sennonché, nonostante le sollecitazioni del diritto dell'Ue, in molti paesi (come il nostro) la conciliazione è tutt'altro che effettiva nella realtà ed è considerata un problema prevalentemente femminile poiché sono ancora le donne a dover sopportare in misura maggiore il peso dell'asimmetria nella redistribuzione dei ruoli familiari e ad essere sottorappresentate nel mercato del lavoro[10]. Peraltro, va rimarcato, sin da ora, che in alcuni di essi (e il riferimento è soprattutto al nostro) la scarsa effettività della normativa è imputabile all'assenza di una riforma organica volta a riportare il baricentro della disciplina sulla gestione del tempo di lavoro sull'interesse alla flessibilità del lavoratore[11]: l'attuale normativa in materia di orario di lavoro (d.lgs.

attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, in *RGL*, 2022, p. 111, secondo cui la norma "(apre) la strada al riconoscimento in via legislativa di un vero e proprio diritto alla conciliazione dei tempi di lavoro e dei tempi di vita". V. anche Vallauri, *Il diritto al lavoro agile*, in Ciriello (a cura di), *Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca del COVID*, Scuola superiore della magistratura, 2021, p. 154.

[10] Cfr. ad es. di recente Saraceno, *Ancora 50 anni per l'uguaglianza alle donne solo il 77% dei diritti,* in *La stampa* del 3 marzo 2023, p. 25, la quale dà conto di come "L'Italia, con il suo indice di 97,5, superiore al 95,3 della media dei paesi Ocse, (sia) sicuramente in buona posizione per quanto riguarda l'uguaglianza legale e l'eliminazione di ogni forma di discriminazione basata su norme. Tuttavia, sul piano dell'eguaglianza effettiva rimane ancora lontana, come mostrano i dati sulla divisione del lavoro familiare, sproporzionatamente a carico delle donne, e simmetricamente sulla partecipazione al mercato del lavoro". Cfr. l'ultimo rapporto Inapp plus (2022, p. 128) secondo cui la nascita di un figlio per il 18% delle madri ha rappresentato la causa della perdita del posto di lavoro.

[11] Sul tema del tempo scelto anche nella declinazione del *work-life balance* cfr. di recente i contributi pubblicati nel volume di Calvellini, Loffredo, *Il tempo di lavoro tra scelta e imposizione,* Editoriale scientifica, 2022. In generale cfr. anche la sez. III

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

n. 66 del 2003) risulta ispirata dalla finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore, ma è rimasta insensibile alla logica della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro[12].

Ciò premesso, il presente studio, dopo aver chiarito la portata giuridica del diritto di richiesta delle "modalità di lavoro flessibili" previsto dall'art. 9 della dir. del 2019 si interroga sulla plausibilità di un suo accostamento al diritto all'adozione di accomodamenti ragionevoli previsto in caso di discriminazioni per motivi di disabilità.

La seconda parte del contributo si propone di mettere a fuoco alcuni esempi di come il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili è stato attuato nella legislazione nazionale, in particolare in quella tedesca e italiana. Per quanto riguarda il sistema italiano, il *focus* è sul lavoro agile, poiché il legislatore e, soprattutto, le parti sociali hanno posto particolare enfasi su questo strumento per favorire la conciliazione vita-lavoro (cfr. anche modifiche del d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, al testo unico di maternità e paternità d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151). In tal caso, l'analisi mira a valutare, anche alla luce di un confronto con la normativa tedesca, quali prospettive si possono delineare per una lettura euro-orientata volta a colmare le vistose lacune che la normativa italiana presenta nel garantire al dipendente il diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione.

2. *Orario di lavoro, esigenze persionali e diritto dell'Ue*

La prima domanda da cui conviene prendere le mosse è se una gestione autonoma del tempo di lavoro da parte del lavoratore possa essere riconosciuta al livello dell'ordinamento dell'Ue, sia pure nella sola prospettiva della conciliazione vita-lavoro. Per rispondere a tale quesito occorre interrogarsi sulla reale portata da attribuire al diritto di chiedere modifiche orarie, che la normativa dell'Ue del 2019 ri-

del volume Veneziani, Bavaro, *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009, pp. 237 ss. e in particolare il saggio di Bano, *"Tempo scelto" e diritto del lavoro: definizioni e problemi*, p. 241.

[12] Laforgia, *Tempi di lavoro e tempi di vita: dalal resistenza al potere conformativo del datore di lavoro al diritto alla liberazione di tempi di vita,* in Calvellini, Loffredo, *Il tempo di lavoro*, cit., p. 125.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

conosce in capo al lavoratore. Non è chiaro in che misura il diritto dell'Ue limiti la sfera di discrezionalità valutativa del datore di lavoro nell'ipotesi in cui ritenga di respingere tale richiesta e dunque quale rilievo possa essere dato all'obbligo di giustificazione come possibile «temperamento» rispetto allo *ius variandi* datoriale di gestione del tempo. In tal modo sarà possibile verificare se le scelte effettuate dal datore, quali risultanti dalla motivazione del diniego, possano essere oggetto di un sindacato giudiziario.

Alcuni autori hanno posto l'accento sulla debole portata del diritto previsto a favore del lavoratore, sostenendo che non si tratta di un diritto potestativo[13] giacché la norma attribuisce al datore di lavoro il potere di respingere, con provvedimento motivato, la richiesta avanzata dal lavoratore[14]. Il che si evince, del resto, anche da un'interpretazione autentica del testo: è la stessa Commissione[15] a chiarire che il datore non è tenuto all'accoglimento della domanda giacché l'introduzione di un obbligo simile comporterebbe un controllo particolarmente intrusivo sul potere del datore di lavoro di organizzazione del lavoro nell'impresa ("*as it would create serious restrictions for employers to determine how work is organised in a firm*").

Tuttavia, a quanti hanno svalutato l'importanza della previsione in esame si è già avuto modo di obiettare in altra sede che un tale approccio trascura il ruolo cruciale che assume la motivazione rispetto all'esercizio di un potere organizzatorio come quello del datore di lavoro, che, trovando una legittimazione nella libertà di iniziati-

[13] Per es. Waddington, Bell, *The right to request*, cit., p. 512, i quali escludono si possa parlare di un "*absolute right*"; Chieregato, *Conciliazione vita-lavoro la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, p. 125 (132).

[14] Contrariamente a quanto si verifica nel nostro sistema, per es. in materia di congedi: l'art. 8, co. 7, d.lgs. n. 81 del 2015 prevede a favore del lavoratore la possibilità di "chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale od entro i limiti del congedo ancora spettante (…) la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (…)". In tal caso, il lavoratore ha un diritto di precedenza nella riconversione del contratto da part-time a full-time. Su tale previsione cfr. anche il § 4.

[15] Commission Staff Working Document, 'Executive Summary of the Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU' SWD (2017) 203 final, 4.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

va economica e nell'autonomia privata, si contraddistingue per una marcata sfera di discrezionalità[16]. Al pari di quanto accade in altre ipotesi abbastanza definite e fortemente incidenti sulla sfera di libertà del lavoratore (ad esempio, in materia di licenziamento ed in materia di trasferimento) la motivazione costituisce anzitutto il limite ed il contraltare della discrezionalità[17]: nella specie, il legislatore, costringendo il datore di lavoro ad esternare la propria decisione e a mettere il lavoratore nella condizione di conoscere il contenuto, la portata e la plausibilità delle ragioni addotte, mira ad impedire che le sue scelte organizzative siano espressione di puro arbitrio e interferiscano in modo illegittimo nella sfera di libertà del lavoratore, limitando, in particolare, il diritto sociale fondamentale alla conciliazione di cui è titolare (art. 33 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue)[18].

Lo dimostra anche un raffronto con altre normative di derivazione europea, che contemplano un analogo diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al fine di garantire una migliore articolazione tra vita professionale e personale. Ad esempio, la dir. 1997/81[19], al contrario della dir. 2019/1158/UE, non chiarisce se il datore di lavoro sia tenuto a giustificare la decisione con la quale rifiuta di accogliere la

[16] E infatti secondo la classica ricostruzione di Persiani (*Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, p. 3) "i poteri del datore di lavoro si caratterizzano, rispetto a tutti gli altri poteri privati, a ragione di ciò che il loro esercizio determina quella particolare organizzazione che consente la destinazione del lavoro umano al perseguimento di interessi altrui".

[17] Tra gli altri, cfr. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1990, p. 159 ss.; Tullini, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca),* in *RTDPC*, 1987, p. 870.

[18] Non è pacifico in dottrina se il diritto di cui all'art. 9 della dir. 1158 possa rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali. Non mancano argomenti che depongono a favore di una lettura estensiva. Cfr. Waddington, Bell, *The right to request,* cit., pp. 520 ss., i quali, facendo leva su sulle note esplicative allegate alla Carta di Nizza, ove si operano alcuni rinvii alla Carta sociale europea (CSE), ritengono plausibile un'interpretazione dell'art. 33 della Carta di Nizza in connessione con l'art. 27 della CSE (ove si impone allo Stato di adottare misure appropriate "per consentire ai lavoratori aventi responsabilità familiari di entrare e di rimanere nella vita attiva o di rientrarvi dopo un'assenza dovuta a queste responsabilità"), così come interpretato dal Comitato europeo dei diritti sociali.

[19] E ciò vale anche per la normativa italiana di recepimento: art. 8, c. 8 d.lgs. n. 81/2015. Sul punto si rinvia a quanto detto nel § 3.2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

richiesta di riduzione dell'orario ovvero quella con la quale decide di trasformare il rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno.

Per quanto riguarda l'art. 9, co. 2, è possibile individuare due obiettivi che la dir. 2019/1158/UE mira a soddisfare, quali la trasparenza e il bilanciamento (tra i diritti fondamentali).

Il primo obiettivo si concretizza, appunto, in una regola di trasparenza[20] che impone al datore di lavoro di comunicare in tempi ragionevoli una risposta alla richiesta del lavoratore volta ad ottenere "modalità di lavoro flessibili". L'obbligo di comunicazione serve a rendere edotto il lavoratore o la lavoratrice della scelta relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro e dell'interesse che fa capo all'impresa in modo da permettere un minimo di confronto tra le parti coinvolte in ordine alla possibilità che la scelta di gestione dell'orario sia assunta in maniera rispettosa dell'interesse del lavoratore ad ottenere una migliore conciliazione tra i tempi di lavoro e i tempi di vita.

La seconda istanza alla cui soddisfazione appare funzionale la regola contenuta nell'art. 9 è quella di una migliore e più attenta ponderazione delle conseguenze che possono derivare dalle scelte di organizzazione dell'orario che il datore di lavoro è chiamato ad assumere nei confronti di genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza.

L'obbligo di motivazione, che si traduce nella necessità per il datore – chiamato ad organizzare l'orario di lavoro – di esternare le ragioni che lo inducono a rifiutare la richiesta prospettata dal lavoratore, è uno strumento decisivo per assicurare un equo contemperamento tra le esigenze organizzative del datore di lavoro e quelle di flessibilità di cui sono portatori i lavoratori genitori o con carichi di cura, che trovano il proprio fondamento nel diritto alla conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro sancito dall'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali. Non a caso la motivazione è stata prevista anche allorquando il lavoratore chiede di fruire di un periodo di congedo parentale ad ore nel caso in cui egli faccia richiesta di una modalità di lavoro flessibile (dir. 1158, art. 5, par. 6).

Peraltro, che sia necessario un bilanciamento degli interessi, "tenendo conto delle esigenze sia del datore di lavoro che del lavoratore" viene chiarito testualmente [Art 9(2)]. In linea di principio, il datore

[20] Anche Scarponi ("*Work life balance*", cit., p. 13) parla di "un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro".

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

di lavoro è libero di scegliere se respingere le richieste di modifica dell'orario del dipendente giacché tale potere decisionale trova un fondamento nella libertà contrattuale e nella libertà d'impresa riconosciuta dall'art. art. 16 della Carta.

Tuttavia, tale libertà non può essere garantita senza alcun limite allorquando entra in conflitto con i diritti sociali fondamentali riconosciuti a livello comunitario in altre disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: quali l'art. 33 sulla vita familiare e professionale e l'art. 23 CFR sulla parità tra donne e uomini, citati dal Preambolo della direttiva 1158, ma anche l'art. 21, par. 1, del CFR, che vieta la discriminazione per una serie di motivi, compreso il sesso.

Se è vero, come argomentato in altra sede[21], che l'ambito di tutela dell'art. 33 può includere anche il diritto dei dipendenti di usufruire di modalità di lavoro flessibili, un rifiuto ingiustificato di concedere tali modalità interferirebbe direttamente con le disposizioni dell'UE sui diritti fondamentali sopra menzionate, e in particolare con il divieto di discriminazione fondata sul sesso di cui all'art. 21 CFR che si configura quale principio generale del diritto comunitario.

Il bilanciamento necessario a comporre i diritti fondamentali in conflitto, come in ogni ipotesi di controllo di ragionevolezza, deve tendere alla c.d. "pratica concordanza" di cui parla la dottrina tedesca: "l'unica regola formale di cui si può parlare è quella della 'ottimizzazione' possibile di tutti i principi, ma come ottenere questo risultato è questione eminentemente pratica e 'materiale'"[22]. La *praktische Konkordanz* richiede che nessuno dei valori costituzionali in conflitto prevalga del tutto a scapito dell'altro valore costituzionale concorrente, e che tutte le posizioni giuridiche siano bilanciate nel modo più equo possibile[23].

[21] Sia consentito il rinvio a Santagata, Work-life balance, *flessibilità oraria e discriminazioni*, in *DLM*, 2023,

[22] Cfr. per es. in Germania la pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 9 maggio 2016, 2 BvR 2202/13. Cfr. anche Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, pp. 170-171.

[23] Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June 2003 (131-40). Sull'uso giurisprudenziale delle teorie del bilanciamento nel campo dei lavori flessibili cfr. tra gli altri Zoppoli L., *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 400/2019.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In definitiva, l'obbligo di motivazione di cui all'art. 9 della dir. non potrebbe ritenersi adempiuto in presenza di una decisione priva di un adeguato grado di complessità e articolazione e consistente in generici riferimenti all'interesse datoriale.

Non diversamente da quanto si osserva con riferimento ai provvedimenti della pubblica amministrazione si deve propendere per una lettura estensiva della nozione di motivazione, la quale, dunque, oltre a rappresentare i presupposti di fatto rilevanti ai fini della decisione, deve includere anche una parte in cui si enunciano i risultati dell'attività istruttoria compiuta e si pongono a confronto i diversi interessi emersi, individuando quali tra essi si considerano meritevoli di tutela[24].

Con l'imposizione dell'obbligo di motivazione – e prima ancora di "considerazione" della richiesta di modifica – la dir. 1158 pone dunque un vincolo procedurale e sostanziale assai stringente al potere decisionale del datore di lavoro, il quale, prima di pronunciarsi in merito alla richiesta di modifica dell'orario o di altra modalità di lavoro flessibile, è tenuto a svolgere un'adeguata attività istruttoria volta ad identificare le esigenze delle persone con carichi di cura e le soluzioni (organizzative) più idonee a soddisfarle (o a non sacrificarle in modo eccessivo).

Del resto, anche il preambolo della direttiva mette in rilievo la necessità di riportare l'attività di valutazione del datore di lavoro a criteri di giudizio non arbitrari – e di delimitarne la discrezionalità – là dove si chiarisce che i datori di lavoro, "nell'*esaminare* le richieste di modalità di lavoro flessibili, (…) dovrebbero poter tenere conto, tra l'altro, della durata delle modalità di lavoro flessibili richieste, nonché delle loro risorse e della loro capacità operativa di offrire tali modalità" (n. 36).

Ciò considerando, anche se l'obbligo di motivazione – e prima ancora di "considerazione" della richiesta di modifica – assume una portata più debole e meno ampia rispetto a quella dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli, che costituisce la "pietra angolare" della disciplina sui disabili (art. 5 della dir. n. 2000/78)[25], siamo in presenza

[24] Per la distinzione tra motivazione "in senso largo" e quella in "senso stretto" cfr. M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo* in *ED*, XXVII, Giuffré, 1977, p. 258.

[25] Hepple, *Equality. The legal framework*, Hart, 2014, p. 94. Per alcuni riferimenti in chiave comparata al *duty of accomodation or adjustment* nelle discrimina-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

di strumenti, per certi versi, assimilabili sul piano funzionale, con i quali il diritto dell'Ue impone al datore di lavoro di apportare modifiche alle condizioni di lavoro per tenere conto di particolari caratteristiche del dipendente. Nel caso in esame sembra possibile ritenere, sulla base di un'interpretazione estensiva della nozione di motivazione, che il datore non solo assuma un obbigo a trattare in buona fede in vista del raggiungimento di un accordo con il lavoratore richiedente riguardo alla definizione di modalità flessibili (il che significa anche che in caso di rifiuto dovrà presentare contro-proposte che non si rivelino assurde o pretestuose), ma sia anche tenuto a fornire una ragione oggettiva laddove intenda respingere la richiesta.

Sebbene il legislatore sembri imporre esplicitamente solo taluni passaggi procedurali ai fini della decisione, ciò non significa che la normativa non incida anche sulla sfera della libertà di scelta del datore, potendo prefigurarsi un controllo in sede giudiziale nel merito della giustificazione con la quale il datore stesso respinge la richiesta del lavoratore al fine di stabilire se ha tenuto conto delle esigenze conciliative.

Del resto, un possibile accostamento tra l'obbligo di accomodamenti ragionevoli, da un lato, e l'obbligo di motivazione, dall'altro, si fonda anche sulla considerazione che tali obblighi trovano il proprio fondamento valoriale (soprattutto) in una comune visione normativa dell'eguaglianza e della giustizia.

In definitiva, in entrambi i casi, il legislatore europeo privilegia una visione dell'eguaglianza sostanziale asimmetrica che guarda ad una dimensione redistributiva e si propone di riequilibrare le condizioni di svantaggio comparativo in cui si trovano le categorie protette di lavoratori. L'apertura ed il sostegno a favore di modalità di lavoro flessibili, come si è detto, si inserisce nel quadro delle misure per fa-

zioni per disabilità cfr. M. Barbera, *Le discriminazioni sulla disabilità,* in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffré, 2007, p. 77 e spec. 99 ss.; Fredman, *Discrimination Law*, University Press, 2012, p. 214-221; sull'individuazione della soglia per qualificare "unreasonable" la misura di accomodamento cfr. per es. Pohjankoski, Lourenço, *Breaking Down Barriers? The Judicial Interpretation of 'Disability' and 'Reasonable Accommodation' in EU Anti-Discrimination Law* in Belavusau, Henrard (a cura di) *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart, 2019, spec. p. 335; Spinelli, *La sfida degli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*., in *DLM*, 2017, pp. 39 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

vorire la conciliazione vita-lavoro e l'inclusione, che, a loro volta, si giustificano nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale tra i sessi. Il modello a cui si ispira il legislatore è quello teorizzato nella ben nota teoria delle "*capabilities*" di Amartya Sen e Martha Nussbaum[26], che pongono in rilievo l'importanza di una valorizzazione delle diversità individuali, per far sì che ciascun individuo abbia effettivamente gli strumenti e le opportunità per esercitare la libertà di scegliere per sé e ricevere il massimo possibile delle proprie aspirazioni di vita.

Altra questione è se dal diritto antidiscriminatorio possa discendere una sorta di obbligo di accomodamenti ragionevoli anche in contesti diversi dalla disabilità: tale obbligo, pur assumendo caratteristiche diverse da quelle previste con riguardo alle persone con disabilità, potrebbe essere concepito come un importante strumento per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. In effetti, i giudici nazionali si spingono talora ad applicare in modo assai rigoroso il *test* di proporzionalità richiesto in caso di discriminazione indiretta, imponendo di fatto al datore di lavoro una sorta di adattamento della organizzazione del lavoro al fine di soddisfare (anche) le esigenze dei genitori gravati da carichi di cura personale e familiare[27].

In particolare, si ammette talvolta che il rifiuto di considerare la possibilità di una modalità di lavoro flessibile possa tradursi in una discriminazione indiretta nella misura in cui produce un particolare svantaggio nei confronti dei lavoratori di sesso femminile. In talune ipotesi le corti nazionali ritengono che sul datore di lavoro ricada l'onere di provare che un simile rifiuto possa essere considerato quale misura "necessaria" sulla base di criteri di ragionevolezza, e ciò presuppone "a fair and detailed analysis of the working practices and

[26] Cfr. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999, p. 5: "*what people can achieve is influenced by economic opportunities, political liberties, social powers, and the enabling conditions of good health, basic education, and the encouragement and cultivation of initiatives*". See also: Perulli, Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022, pp. 67 ss.; Del Punta, *Leggendo "The Idea of Justice"*, cit., 197; Id., *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCL*, 2016, 383.

[27] Cfr. sul punto anche Bell, *Adapting work to the worker: The evolving EU legal framework on accommodating worker diversity*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2018, p. 124, il quale ritiene che l'*accomodation duty* può assumere forme diverse e ne identifica tre tipologie così definite: *protective, substantive,* e *procedural duties*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

business considerations involved"[28]. Insomma, il confine tra il comportamento volto ad adottare una misura per giustificare la discriminazione indiretta e quello posto in essere per adempiere l'obbligo di accomodamento appare assai labile. L'esame di alcuni casi giurisprudenziali sembrerebbe confermare che in talune ipotesi, in mancanza di altri strumenti di tutela legale, il divieto di discriminazione indiretta potrebbe costituire un veicolo per consentire una richiesta volta ad ottenere un ragionevole accomodamento.

3. *L'organizzazione dell'orario di lavoro e le esigenze di cura: la trasposizione della dir. 2019/1158/UE*

Venendo alle normative con cui è stata trasposta la direttiva sulla conciliazione in Germania ed in Italia, si possono evidenziare alcune sostanziali divergenze rispetto alle scelte compiute nei due paesi oggetto di analisi con riguardo al contenuto e alle modalità di esercizio del diritto alla flessibiltà in funzione della conciliazione.

In Italia il recente intervento legislativo di attuazione della dir. 2019/1158 opta chiaramente per un approccio minimalista giacché lascia sostanzialmente inalterato il quadro preesistente e non rafforza in alcun modo gli strumenti adoperabili per attuare la flessibilità nella prospettiva del *work-life balance* (*infra* § 4) anche se la giurisprudenza svolge un ruolo importante nel desumere di fatto una sorta di obbligo di accomodamento dal concetto di discriminazione indiretta. Al contrario, la normativa tedesca di recepimento del 22 novembre 2022[29], pur senza far sorgere dubbi o ambiguità, riproduce in parte la formulazione ed il contenuto della direttiva, mostrando una mag-

[28] In tal senso si veda, ad es., in un caso sottoposto all'esame di una corte di appello inglese *Hardy and Hansons plc*, v Lax6 [2005] IRLR 726 (CA), con riguardo alla legittimità del rifiuto della richiesta, avanzata da una lavoratrice al termine del periodo di maternità, di conversione del proprio rapporto di lavoro nella forma del *job sharing*.

[29] La nuova disciplina apporta parziali modifiche alle seguenti normative: la legge federale sui congedi parentali (*Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz "BEEG"*), la legge sul congedo per caregiver (*Pflegezeitgesetz "PflegeZG"*), la legge sul congedo per assistenza familiare (*Familienpflegezeitgesetz «FPfZG»*) e la legge generale sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz «AGG»*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

giore apertura rispetto alle opportunità offerte dal diritto dell'Ue e al disegno perseguito dalla direttiva 2019/1158 all'art. 9.

3.1. *L'esperienza tedesca*

Partendo dalla normativa tedesca di trasposizione, va evidenziato che in Germania qualsiasi dipendente che conviva con un figlio e ne abbia la custodia è esplicitamente legittimato a richiedere una modifica dei tempi di lavoro al fine di facilitare i compiti legati alla cura. In particolare, la nuova normativa sui congedi parentali (*Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz* "BEEG"), come modificata nel 2022, prevede il diritto a chiedere: la riduzione del numero di ore lavorate (*Verringerung*) o una diversa distribuzione dell'orario di lavoro (*Verteilung*) (§ 15, co. 5, n.f.).

Sebbene il datore di lavoro non sia tenuto ad accogliere tali richieste, il legislatore introduce alcuni vincoli procedimentali volti a rendere più concreta ed effettiva la tutela del diritto alla flessibilità. In particolare, il nuovo *BEEG,* integrando il contenuto della direttiva (che nulla dispone riguardo alla forma ed al termine della risposta), obbliga il datore di lavoro a motivare il rifiuto in forma scritta e a rispondere entro quattro settimane dalla richiesta (§ 15 co. 5 s. 4); disposizioni, queste, che si applicano indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa.

Tuttavia, non si può dire che la normativa tedesca soddisfi del tutto i requisiti minimi stabiliti dalla direttiva 1158.

Si pensi al tipo di strumenti di flessibilità che il lavoratore ha diritto ad attuare per assolvere i compiti di cura. Nonostante la direttiva 1158 parli di "modalità di lavoro flessibili", alludendo alla "possibilità per i lavoratori di *adattare* l'organizzazione della vita professionale, anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro" (art. 9), non può non sorprendere che la sez. 15 par. 5, 4 *BEEG* non faccia alcun riferimento alla richiesta di cambiamento del luogo di lavoro, compresa la richiesta di lavorare da casa.

Peraltro, nel sistema tedesco alcune leggi speciali varate in passato avevano già mostrato di assecondare tali esigenze: in questo senso va richiamata anzitutto la legge per la parità tra donne e uomini nell'amministrazione federale e nei tribunali federali del 24 aprile del 2015 [§ 16 (1) f. 2 *BgleiG*], che impone alle amministrazioni federali

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

di garantire la possibilità di svolgere la prestazione in modalità agile (*Telearbeit e mobile Arbeit*) ai dipendenti con responsabilità familiari o assistenziali (es. genitori con figli piccoli o chi si prende cura di persone con disabilità grave). Le amministrazioni non possono respingere la richiesta di svolgere l'attività in telelavoro a meno che non si oppongano valide ragioni legate al servizio (*dienstlichen Möglichkeiten*), godendo di ampia discrezionalità nel valutare quali motivi possano essere considerati tali. Tuttavia, la decisione di diniego assunta dall'amministrazione deve essere oggettivamente giustificabile[30] e può essere sottoposta a sindacato in sede giudiziale[31].

Analoghe perplessità solleva la modifica apportata, ugualmente in occasione del recepimento della dir. 1158, alla legge sul congedo per prestatore di assistenza (*Pflegezeitgesetz "PflegeZG"*): non si comprende la scelta del legislatore di circoscrivere lo spazio per una gestione flessibile dei tempi di lavoro là dove si prevede per i dipendenti occupati in piccole imprese il diritto di richiedere tale congedo in misura completa o parziale per assistere parenti stretti (art. 3, *PflegeZG*). Quel che non convince nella letteratura che si è occupata del tema è l'idea che la redistribuzione dell'orario possa concepirsi solo in caso di richiesta del congedo parziale (e dunque in presenza di una riduzione dell'orario di lavoro)[32]: non viene riconosciuto, cioè, un diritto alla sola riorganizzazione del lavoro. Anche in questo caso appaiono fondati i dubbi di conformità al diritto dell'Ue, poiché stando alla nozione di "modalità di lavoro flessibili" adottata dall'art. 9 della dir. 2019/1158, come s'è visto, la riduzione dell'orario di lavoro è solo una delle ipotesi di adattamento dell'organizzazione della vita professionale[33]. Il mancato riconoscimento del diritto ad una redi-

[30] VG Koblenz, 18 febbraio 2015 - 2 K 719/14.KO Rn. 27; cfr. anche VG Trier, 1 marzo 2011 - 1 K 1202/10.TR Rn. 18.

[31] Picker, *Rechtsanspruch auf Homeoffice?*, in *ZFA* 2019, 269, 276.

[32] Così recita il § 3, co. 4 PflegeZG "Wenn nur teilweise Freistellung in Anspruch genommen wird, haben Arbeitgeber und Beschäftigte über die Verringerung *und* die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung zu treffen".

[33] Analoghi dubbi erano stati sollevati prima della normativa traspositiva del 2022, in relazione alla formulazione preesistente, da Treichel, *Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht*, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

stribuzione dell'orario di lavoro mette in duscussione la capacità di alcuni *caregiver* di esercitare il diritto a conciliare lavoro e attività legate all'assistenza. Né si può pensare che tale lacuna possa essere sanata mediante un'applicazione analogica della normativa in tema di *part-time*: se è vero che in virtù di essa il datore di lavoro deve discutere la richiesta con il dipendente che desidera modificare l'orario di lavoro o il proprio luogo di lavoro, oppure l'orario di lavoro e il proprio luogo di lavoro (art. 7, co. 2, del *TzBfG*), è anche vero che egli non è tenuto a motivare l'eventuale rifiuto, per cui la sua decisione non è sindacabile[34].

Come già detto rispetto al *BEEG*, anche il § 3 *PflegeZG* non fa riferimento alcuno alla richiesta di cambiamento del luogo di lavoro e, quindi, non soddisfa i requisiti stabiliti dalla Direttiva secondo cui le modalità di lavoro flessibili includono "l'uso di modalità di lavoro a distanza".

Tale lacuna desta ulteriori perplessità. Sebbene in Germania sia pacifica la volontarietà del telelavoro, per cui il lavoratore, di regola, non vanta alcun diritto al riguardo, occorre considerare che tale regola contempla una serie di eccezioni e alcune di queste potrebbero riguardare anche il *caregiver*.

Per diritto tedesco i dipendenti con gravi disabilità hanno il diritto di ricevere misure di accomodamento ragionevole che li mettano in condizione di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di sviluppare e utilizzare pienamente le proprie competenze. Il § 164 co. 4 n. 1 e 4 SGB IX obbliga il datore di lavoro a prendere i provvedimenti appropriati a tal fine, a meno che essi impongano al datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.

Da tale previsione il Tribunale regionale del lavoro della Bassa Sassonia[35] ha tratto un argomento decisivo per sostenere che il datore di lavoro non possa respingere arbitrariamente una richiesta di cambiamento del luogo di lavoro che potrebbe essere esaudita senza grandi sforzi nel singolo caso.

[34] Klein, *Flexible Arbeitsregelungen zur Förderung der Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben und die Grenzen des Arbeitszeitrechts*, in *NZA* 2021, pp. 474, 476. See also the statements by the Scientific Services of the Bundestags unter WD 9-3000-063/22, S. 11, 13.

[35] Lag Niedersachsen, 6 December, 2010 - 12 Sa 860/10 - BeckRS 2011, 68917.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In merito alla possibilità di considerare il lavoro a distanza tra le "misure adeguate" previste dalla Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione del 2000 non paiono esservi dubbi di sorta, dovendo considerarsi tali le "misure efficaci e pratiche per adattare il luogo di lavoro alle esigenze disabilità, ad esempio, adattando i locali e le attrezzature, i modelli di orario di lavoro, la distribuzione dei compiti o l'offerta di formazione" (considerando 20).

La questione è se il dovere di accomodamenti ragionevoli, previsto espressamente dall'art. 5 a favore delle persone con disabilità, possa essere esteso anche ai lavoratori che svolgono attività di assistenza.

Questa interpretazione potrebbe basarsi sulla formulazione e sullo scopo dei principi e delle norme sviluppati dalla normativa dell'UE sull'uguaglianza e dalla giurisprudenza della CGUE. Nella sentenza *Coleman*[36] la CGUE, come noto, ha ritenuto che la direttiva sull'uguaglianza in materia di occupazione, che vieta la discriminazione legata al lavoro fondata, tra l'altro, sulla disabilità, dovrebbe essere considerata applicabile non "solo alle persone che sono esse stesse disabili", ma anche a quelle in qualche modo *associate* ai disabili, perché, come nel caso in questione, se ne prendono cura. Questo più ampio approccio alla diseguaglianza viene peraltro ribadito con forza anche nella sentenza *CHEZ*[37].

Contrariamente a quanto accade nel nostro sistema, in Germania, la possibilità di applicare tali principi nella specie incontra alcuni ostacoli giacché la legge che recepisce la direttiva sull'equilibrio tra lavoro e vita privata nel diritto interno non garantisce ai prestatori di assistenza una legittimazione autonoma ad agire in giudizio per far valere una modifica degli orari di lavoro che rendono loro più difficile la conciliazione tra attività di cura e lavoro, per cui non risulta agevole sostenere che su tali norme si possa fondare il dovere di fornire una soluzione ragionevole a favore dei *caregiver*.

È infatti piuttosto singolare che il legislatore tedesco estenda la competenza dell'organismo per la parità (*Antidiskriminierungsstelle*), deputato a promuovere, analizzare, monitorare e sostenere la parità di trattamento con riguardo alla discriminazione sessuale, sulle questioni relative alle discriminazioni che rientrano nell'ambito di appli-

[36] CGUE, 31 luglio 2008, C-303/06.
[37] CGUE 16 luglio 2015, C-83/14.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

cazione della Direttiva sull'equilibrio tra lavoro e vita privata, ma poi non si preoccupi in alcun modo di vietare esplicitamente la discriminazione per ragioni di cura e dunque di includere lo *status* di prestatore di assistenza come fattore di rischio protetto dal diritto anti-discriminatorio[38]. L'implicazione di questo approccio è che la tutela alla cura e la valutazione della legittimità dell'organizzazione dell'orario di lavoro continuerà ad essere strettamente agganciata alla applicazione della normativa antidiscriminatoria riguardante la discriminazione sessuale, con il rischio che in tal modo il formale riconoscimento di un diritto di richiedere il lavoro flessibile, per quanto apprezzabile, possa rivelarsi, alla prova dei fatti, un'arma spuntata.

3.2. *Il sistema italiano in una prospettiva comparata: l'esempio del lavoro agile*

Sul tema del tempo scelto, declinato in relazione alle esigenze di cura, il quadro normativo italiano, scaturente dalle riforme che si sono susseguite negli anni, appare assai disomogeneo: se nel diritto antidiscriminatorio, come vedremo, si possono cogliere di recente alcuni importanti spunti innovativi che si muovono nella prospettiva della tutela delle esigenze personali del lavoratore e della lavoratrice con responsabilità familiari – in particolare si allude alla l. 162/2021 che include nella nozione di discriminazione un riferimento alle modifiche dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro – altre discipline che incrociano tale tematica scontano alcuni ritardi: in particolare, quella sull'orario di lavoro, che, al contrario, continua a porre il proprio baricentro sull'interesse alla flessibilità dell'impresa, senza, dunque, offrire un adeguato spazio all'autodeterminazione del lavoratore per quanto riguarda una migliore articolazione tra tempi di vita e tempi sociali.

L'attuazione della normativa europea offre una preziosa occasione per un cambio di prospettiva e, in particolare, per ripensare il consueto approccio regolativo al fine di attribuire un maggiore rilievo alla *scelta* individuale del lavoratore, genitore o prestatore di assistenza, riguardo all'organizzazione di un orario che concili vita e

[38] Brose, *Die Reform des PflegeZG,* cit., p. 316.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

lavoro. Sennonché, la trasposizione della direttiva da parte del d.lgs. 105/2022, su questo punto, lascia del tutto insoddisfatti: contrariamente a quanto avvenuto nel sistema tedesco, il legislatore italiano trascura completamente gli strumenti volti a favorire un migliore adattamento dell'organizzazione del lavoro e ad articolare l'orario di lavoro in funzione di conciliazione. Né si parla, almeno nel decreto di trasposizione, delle modalità di lavoro flessibile a cui allude, invece, come s'è visto, la direttiva 1158[39].

Stando a quanto si evince dalla normativa europea una delle tipologie contrattuali nelle quali l'idea dell'orario di lavoro "scelto" – e in generale di una flessibilità indirizzata a soddisfare esigenze e interessi della persona del lavoratore – può trovare una più concreta realizzazione sembra essere quella del lavoro a distanza, che, difatti, a differenza del part-time[40], è esplicitamente menzionata nella dir. 1158 all'art. 9.

In questa ottica si muove, almeno nelle intenzioni dichiarate, anche il nostro legislatore, allorquando, nel 2017, sceglie di promuovere il lavoro agile mediante il suo riconoscimento in via legislativa: tale strumento, qualificato "quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato" (art. 18 c. 1, l. n. 81/2017), è infatti concepito con il duplice scopo di "incrementare la competitività delle aziende e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

In tal modo il legislatore dimostra di aver acquisito consapevolezza dell'evoluzione dei modi di lavorare e di produrre indotta

[39] Bonardi, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, e Alessi, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*, entrambi in Quaderno di *DLM* n. 14 dal titolo "*Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*", Editoriale scientifica, 2023.

[40] La compatibilità di tale strumento con la finalità conciliativa e l'idoneità di esso a garantire una effettiva condivisione di ruoli dipende in buona misura dalle regole che ne dettano il funzionamento: in generale sulle criticità legate all'utilizzo del *part-time* in funzione di conciliazione del tempo di lavoro con le responsabilità di cura v. Ferrante, voce *Lavoro a tempo parziale*, in *EGT*, 2008, p. 1; Alessi, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo,* Giappichelli, 2012, p. 69; Alessi, Bonardi, Calafà, D'Onghia, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, p. 111.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dall'avvento di nuove tecnologie digitali: in estrema sintesi, mediante la sottoscrizione di un accordo, si riconosce al dipendente una maggiore libertà organizzativa, e cioè una più ampia libertà nel decidere, sia pure entro certi limiti, quando e dove svolgere la prestazione di lavoro ("*time sovereignty*")[41].

È del resto il legislatore a individuare, come noto, quale peculiarità del lavoro reso in modalità agile la flessibilità nel tempo e nello spazio della sua esecuzione; peculiarità, questa, che si sostanzia tanto nell'assenza di «precisi vincoli di luogo e di tempo», quanto nel fatto che parte del lavoro viene svolta al di fuori della sede dell'azienda, senza un luogo fisso (anzi in un luogo, individuato in base alla discrezionale decisione del lavoratore, fermo restando le limitazioni che i contratti collettivi hanno già introdotto).

Certo, questa ritrovata libertà negoziale del lavoratore nella determinazione dell'articolazione e della durata (oltre che del luogo) della prestazione lavorativa, a cui fa riscontro la correlativa attenuazione del potere conformativo della prestazione (con particolare riguardo alle coordinate spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa), può essere di per sé cruciale allo scopo di realizzare una migliore conciliazione delle esigenze di vita-lavoro, consentendo ai genitori lavoratori di condividere la cura dei loro figli[42].

Tuttavia, in merito alla coerenza tra la strumentazione normativa predisposta e gli obiettivi dichiarati, non mancano alcune ragioni di perplessità.

[41] Sul tema del lavoro agile la letteratura è ormai sterminata, per cui conviene limitarsi a segnalare le monografie più recenti: ai lavori monografici più recenti, v. Tufo, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale scientifica, 2021; Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020; Calvellini, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, ESI, 2020 (spec. cap. I e II); Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt, University Press, 2019; Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; v. anche Occhino (a cura di), Il lavoro e i suoi luoghi, Vita e Pensiero2018

[42] Questo approccio ha trovato un riconoscimento anche nella legge di bilancio del 2019 (Legge n. 145/2018), che obbliga i datori di lavoro pubblici e privati "a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità" e "dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità" (art. 1, co. 3-*bis* l. n. 81/2017).

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Innanzitutto, se l'*intentio legis* è (anche) quella di perseguire una migliore armonizzazione tra lavoro e vita privata, occorre chiedersi se sia opportuno affidare esclusivamente all'autonomia individuale il compito di regolare "la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro". Questo approccio formalistico lascia ampio spazio alla libertà contrattuale dei contraenti nonostante la condizione di squilibrio strutturale di potere in cui si trova tipicamente il dipendente rispetto alla controparte. Pur comprendendo le ragioni sottese a tale scelta legislativa (in particolare la volontà di consentire una regolamentazione "personalizzata") – che peraltro non trova riscontro in altri sistemi[43] – sorge il dubbio se non sia più coerente, anche con la giurisprudenza costituzionale in tema di *part-time*, introdurre alcune cautele e riservare uno spazio all'autonomia collettiva.

Un altro motivo di perplessità attiene al fatto che il legislatore italiano – a parte alcune ipotesi eccezionali[44] – contrariamente a quanto si riscontra in altre esperienze straniere più avanzate[45], non prevede un vero e proprio diritto a lavorare in modalità agile per l'assolvimento dei compiti di cura/assistenza e sceglie di imporre ai datori di lavoro solo ed esclusivamente l'obbligo di riconoscere una "priorità" alle richieste di svolgimento del lavoro agile provenienti da quanto sopra- soggetti menzionati (art. 1, co. 3-*bis*).

Questo assetto viene ora, in linea generale, confermato dal d.lgs. n. 105 del 2022, che, anziché preoccuparsi di porre la normativa nazionale in linea con l'art. 9 della dir. 1158, si limita ad estendere tale

[43] Cfr. i contributi pubblicati in Santagata de Castro, Monda (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, Quaderno di *DLM* n. 13, Editoriale scientifica, 2022

[44] Si tratta delle ipotesi contemplate dalla normativa emergenziale nella quale però il diritto è contemplato alla condizione che la modalità agile sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Sul punto cfr. per es. Vallauri, *Il diritto al lavoro agile*, cit. p. 145 ss. cui si rinvia per i riff. bibliografici e giurisprudenziali.

[45] Uno dei sistemi che si è mostrato più sensibile all'esigenza di agevolare, tramite il lavoro a distanza, la conciliazione degli impegni di cura con il lavoro è quello portoghese: con la recente riforma in materia il principio di consensualità subisce una significativa torsione nella misura in cui si prevede che il datore di lavoro, in talune ipotesi (per es. dipendenti con figli di età compresa tra tre e otto anni), non possa rifiutare la richiesta del lavoratore (Código do trabalho 166-A) v. Leal Amado, Teresa Coelho Moreira, *Il telelavoro in Portogallo*, in Santagata de Castro, Monda (a cura di), *op. cit*., p. 218, 219.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

diritto ai genitori con figli fino a 12 anni di età, nonché ai lavoratori disabili e ai *caregivers* (cfr. le modifiche apportate all'art. 18, co. 3 *bis*, l. 81/17)[46]. Per i lavoratori disabili e i *caregivers* nello stesso d.lgs. vi è poi anche un riferimento "ad altre forme di lavoro flessibile".

Ora, il problema è che il riconoscimento di una semplice priorità nell'accesso alle forme flessibili è cosa ben diversa da quanto prevede l'art. 9 della dir. 1158, che, come s'è visto, anche alla luce di un'interpretazione sistematica con altre normative dell'Ue, riveste un'importante portata prescrittiva specie là dove impone al datore di lavoro di prendere in considerazione le richieste del dipendente e motivarne un eventuale rigetto.

Non è affatto agevole sostenere che nel nostro ordinamento il lavoratore possa agire nei confronti di un datore di lavoro inadempiente a tale obbligo[47]. E infatti, la posizione soggettiva di cui è titolare risulta ontologicamente e qualitativamente diversa da quella contemplata dall'Ue[48]. Come s'è visto, la direttiva fa sorgere una sorta di *obbligo a trattare*, imponendo al datore di fare il possibile per raggiungere un accordo con il lavoratore richiedente sulle modalità flessibili, senza potersi sottrarre dal vagliare le diverse soluzioni possibili; al contrario, nella norma interna il legislatore nazionale non pone alcun vincolo procedurale e parla soltanto di un diritto di priorità, che, come tale, opera in un momento successivo del processo decisionale ove siano presenti più richieste per posizioni lavorative comparabili.

Ciononostante, come argomentato in altra sede[49], nel nostro sistema il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili può trovare una concreta (sia pur parziale) realizzazione per effetto della tendenza espansiva che ha di recente investito la fattispecie discriminatoria: si pensi, anzitutto, all'apporto interpretativo delle corti nazionali, le

[46] Sul tema cfr. Dagnino, *Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*, e Casillo, *Permessi e agevolazioni per i lavoratori caregivers familiari (art. 3, comma 1, lett. B, d.lgs. n. 105/2022)*, in Garofalo, Tiraboschi, Filì, Trojsi, *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, rispettivamente a p. 602 e p. 568.

[47] Una simile ipotesi interpretativa viene prospettata in Alessi, *La flessibilità del lavoro*, cit.; Bonardi, *Il diritto di assistere, cit.*; Santagata, Work-life balance, cit.

[48] Tinti, *Il lavoro agile,* cit. p. 28; Bonardi, *Il diritto di assistere*, cit. p. 117; Dagnino, *Priorità per l'accesso al lavoro*, cit. p. 608.

[49] Santagata, Work-life balance, cit.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

quali, talvolta riconoscono un certo rilievo sul piano giuridico ad alcune esigenze personali e familiari, ponendo, mediante il ricorso alla tecnica discriminatoria, un argine allo *ius variandi* datoriale[50].

A tale filone giurisprudenziale sembra richiamarsi la l. 162 del 2021, con cui il nostro legislatore, come s'è anticipato, pur con una disposizione per certi versi oscura[51], apporta alcune modifiche alla nozione di discriminazione di cui all'art. 25, co. 2 e 2-*bis,* del codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006), rafforzando indirettamente il legame tra flessibilità oraria, conciliazione vita-lavoro e discriminazioni. Nel sottoporre le decisioni concernenti modifiche dell'organizzazione, delle condizioni e dei tempi di lavoro ad un controllo più stringente sul piano del diritto antidiscriminatorio tale normativa riconosce e valorizza implicitamente l'idea del "tempo scelto".

Riletto alla luce dei più recenti sviluppi del diritto dell'Ue, tale intervento di riforma potrebbe imprimere una spinta innovatrice al fine di garantire una tutela alla gestione autonoma e flessibile del tempo di lavoro da parte del lavoratore e di valorizzare il ruolo degli strumenti di flessibilità funzionali al *work-life balance*. L'impressione è che il legislatore, nel ricondurre sotto il proprio ombrello protettivo le esigenze di cura personale o familiare, finisca per aprire un varco nella sfera di intangibilità del potere datoriale organizzativo, riguardo alla determinazione delle modalità temporali della prestazione di lavoro. Assistiamo, insomma, ad un inedito approccio regolativo che punta a rivalutare i margini di libertà e autodeterminazione del prestatore di lavoro. L'idea è quella di riconfigurare e rafforzare, attraverso l'uso delle categorie del diritto antidiscriminatorio, gli spazi di scelta del lavoratore rispetto ad una possibile modulazione del tempo di lavoro, declinandoli in base alle esigenze di cura. In altre parole, con una rilettura in chiave europea di tale normativa interna sembra delinearsi

[50] Per es. T. Firenze n. 1414/2019 in *RGL* 2020, II, p. 309. Su questa giurisprudenza v. anche Calvellini, *Work-life balance e diritto antidiscriminatorio, oggi*, in Calvellini, Loffredo, cit., p. 73 ss.

[51] La cattiva fattura del testo normativo è stata rimarcata da più parti: cfr. tra gli altri, Borelli, Barbera, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 451/2022. Su tale previsione sia consentito il rinvio a Santagata, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?,* in *LD*, 2022, p. 509.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

un modello più avanzato di regolazione non più incentrato su una flessibilità *imposta* al lavoratore, bensì su una flessibilità *richiesta* da quest'ultimo.

Questa rilettura può ridare dunque una nuova legittimazione al diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione e rispondere alla sfida di una riscoperta di inediti spazi di libertà dell'individuo, nella prospettiva di un ripensamento del consueto approccio regolativo e di una valorizzazione della scelta del lavoratore con riguardo all'organizzazione del tempo di lavoro e ai tempi di cura.

ISBN 978-88-495-5539-4
© Edizioni Scientifiche Italiane

Contributi

Cinzia Cilento

Mujeres y política: la participación femenina en México

Sommario: 1. Introducción. – 2. El voto femenino en México: eventos históricos. – 3. Gender Gap: Las mujeres en México. – 4. Las mujeres en la política y las instituciones mexicanas. - 4.1. Participación política femenina en 2019: Padrón electoral, Senado y Cámara de Diputados. - 4.2. Participación política femenina en 2019: Administración Pública. – 5. El impacto de las mujeres en el crecimiento económico: métodos y encuestas. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

El rol de la mujer en las esferas social, económica y especialmente política ha sido siempre marginal y numéricamente escaso en comparación con el que cubre el género masculino. Las continuas luchas y manifestaciones a favor de la igualdad de género han provocado a lo largo de los años importantes puntos de inflexión en muchos países del mundo; todavía la figura de la mujer se asocia a menudo con estereotipos ya conocidos, como el cuidado del hogar, de la familia; a participar en dinámicas, procesos y escenarios vinculados a una esfera más privada que pública. El mundo de la política siempre se ha considerado un entorno hostil, orientado a los negocios y exclusivamente masculino, pero surge la pregunta: ¿y si fueran las mujeres las que gobernaran? La idea de este proyecto es analizar y describir las razones por las que las mujeres están en minoría frente a los hombres en la vida pública, especialmente en la política local y nacional. El caso examinado es el de México, un país que, a diferencia de otros estados latinoamericanos, aún no ha visto ninguna mujer en la presidencia, si bien otros cargos públicos y gubernamentales destacados han sido confiados a mujeres. Por lo tanto, este trabajo propone describir cuáles son los estereotipos, los obstáculos y las experiencias positivas

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

respecto a las mujeres en México y sus percepciones y participación electoral y política.

Aunque en los últimos años se han dado importantes avances en cuanto a la participación política y la elección de mujeres, éstas siguen siendo infrarrepresentadas en las instituciones, tanto a nivel local como nacional. Según los indicadores de *Desarrollo Mundial* publicados en 2019, el porcentaje de mujeres que ocupan cargos en los parlamentos de los países de América Latina es solo del 17%[1].

Restablecer lo que comúnmente y científicamente se denomina como *Gender Gap* supondría no sólo garantizar la igualdad social, económica y política entre hombres y mujeres de forma efectiva y concreta, sino también implementar un cambio de rumbo en cada uno de estos ámbitos, promoviendo el crecimiento y el desarrollo, rompiendo las desigualdades aún existentes y garantizando la igualdad de oportunidades para ambos, sin ningún tipo de discriminación. El objetivo central de la siguiente contribución es comprender, a través del análisis de datos y estudios estadísticos, las razones que subyacen a la exigua representación de las mujeres en los órganos de gobierno y en el parlamento mexicanos, con la finalidad de valorar los progresos que se han producido en los últimos años y determinar cómo las mujeres que ocupan posiciones ejecutivas influyen en la esfera económica nacional e internacional.

2. *El voto femenino en México: eventos históricos*

Una de las principales razones por las que la presencia de las mujeres en la política en México sigue siendo escasa y no reconocida en la actualidad es la tardía instauración del sufragio universal. A partir de al año 1937, se han realizado varios intentos de extender el derecho al voto a las mujeres mexicanas: con el presidente Lázaro Cárdenas se propusieron modificaciones y reformas al Artículo 34 de la Constitución Mexicana, con el objetivo de ampliar el sufragio[2]. A pesar de la influen-

[1] A. Piatti Crocker, *The Diffusion of Gender Policy in Latin America: From Quotas to Parity,* en «Journal of International Women's Studies», vol. 20, n. 6, 2019, pp. 44-59.

[2] P. Alcalá, S.G. Juárez, *Participacion política de la mujer en México. Acciones afirmativas y partidos políticos*, en «Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion», vol. 12, 2013, pp. 187-231.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

cia de Cárdenas y de las consiguientes manifestaciones de las mujeres a favor de las supuestas reformas, no se obtuvo el tan esperado resultado y, por tanto, lo planeado quedó, una vez más, en una lejana utopía.

Sin embargo, la intención era continuar dicha lucha y una de las figuras más importantes al frente de las revueltas feministas hacia la igualdad de género fue Hermila Galindo[3]. Reconocida por su labor de presión contra la violencia de género y la inclusión de la educación sexual en las escuelas, en el año 1918 optó finalmente por abordar la esfera política, presentándose a las elecciones para la Cámara de Diputados en la Ciudad de México[4]. Otras mujeres, estimuladas por el ejemplo de Hermila Galindo, decidieron continuar la batalla por el derecho al voto, hasta que el 17 de octubre de 1953, durante la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines[5], se modificó el ya mencionado artículo 34 de la Constitución Mexicana, estableciendo plenas facultades ciudadanas para las mujeres y, en consecuencia, los derechos políticos, incluido el derecho al voto, tan esperado por las activistas y las mujeres mexicanas en general[6].

Sin embargo, no fue hasta 1955 cuando las mujeres mexicanas pudieron votar en las elecciones nacionales y tres años después, en 1958, las mujeres lograron participar en las elecciones presidenciales mexicanas.

Otro procedimiento histórico normativo fundamental para entender el desarrollo de la participación política de las mujeres mexicanas es el que se refiere a la difusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948.

Solo en 2014, gracias a una reforma constitucional, fue posible introducir una legislación permanente que permitió a las mujeres de presentarse a las elecciones políticas locales y nacionales y al mismo

[3] Para más detalles, remitirse al estudio: E. Pablos, *La propuesta político - feminista de Hermila Galindo: Tensiones, oposiciones y estrategias*, en «Revista interdisciplinaria de estudios de género», vol. 3, n. 6, 2017, pp. 1-35.

[4] L.A. Corona Nakamura, E.D. Salgado, *Women and Politics in Mexico and Brazil*, en «Seqüência estudos jurídicos e políticos», vol. 41, n. 85, 2020, pp. 112-134.

[5] Para más detalles, remitirse al estudio: M. Gonzales Oropeza, *El sufragio de las mujeres. Igualidad política por decreto o por convicción?,* en «Quid Iuris», vol. 23, n. 8, 2014, pp. 15-57.

[6] A. Piatti Crocker, *The Diffusion of Gender Policy in Latin America: From Quotas to Parity,* en «Journal of International Women's Studies», vol. 20, n. 6, 2019, pp. 44-59.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tiempo salvaguardar y proteger la igualdad de género en los cargos públicos[7]. En particular, el articulo 41 reformado preconizaba:

> Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal , libre, secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales[8].

La reforma y por tanto la especificación en el texto constitucional de la igualdad de género, fue un avance fundamental en cuanto a la participación política femenina, pero a pesar de que en el texto reformado existen normas que garantizan esta posibilidad, en la práctica la vida política mexicana sigue estando tachonada de personajes masculinos. Con frecuencia, cuando se producen candidaturas políticas de mujeres se pone en marcha un proceso de obstruccionismo patriarcal: de ahí la extensión exponencial de la violencia de género en México y la cantidad de mujeres maltratadas, obstaculizadas y boicoteadas de la vida pública por no ser consideradas capaces de exponerse políticamente. No obstante, existen aspectos positivos: en el año 2015, las mujeres elegidas para la Cámara de Representantes del país ascendieron al 42%. Esta tendencia ha ido mejorando de forma progresiva hasta llegar a 2018, cuando el porcentaje de mujeres se elevó al 48,2%[9].

Así, la representatividad femenina ha crecido a lo largo de los años, especialmente en el Parlamento Mexicano, mientras que la verdadera paridad de género en los puestos de Gobierno, como los Ministerios y las Secretarías, aún no se ha alcanzado. Otro cambio importante se logró en 2019 a través de una nueva reforma constitucional, que modifico el artículo 35 insertando el uso de un lenguaje más inclusivo a fin de proteger las mujeres a través del uso de los sustantivos correcto para definir los cargos públicos.

[7] *Ibidem.*

[8] United Nations, *Comunicado n. 14/022*, 2014, *https://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2014/01/paridad-electoral*.

[9] World Bank, *Mexico Gender Assessment,* 2019, *https://documents1.worldbank.org/curated/en/377311556867098027/pdf/Mexico-Gender-Assessment.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

3. *Gender Gap: Las mujeres en México*

El Índice *Gender Gap* fue formulado por primera vez por el *World Economic Forum* en 2006[10]; la creación de este índice y los consiguientes informes anuales tienen como objetivo investigar la brecha de género entre hombres y mujeres en todos los países del mundo. A partir de criterios muy específicos y de cuatro categorías distintas, el Índice *Gender Gap* analiza la desigualdad de trato entre hombres y mujeres. Una vez procesada cada categoría, se presenta un índice global final que es la resultante de los porcentajes obtenidos para cada sector.

Las categorías evaluadas por el *World Economic Forum* son participación y oportunidades, educación, salud y poder político. El resultado de todas las investigaciones para cada una de las categorías mencionadas se muestra a través de una escala: el índice de brecha de género se mide entre 0 y 1. El resultado es indirectamente proporcional a la desigualdad de género: cuanto más cerca esté de 1, menor es la desigualdad; cuanto más cerca esté de cero, mayor es la inequidad en función del género[11].

A lo largo de los años México ha experimentado una fuerte evolución respecto a la inclusión de las mujeres en la política del país[12]. La realización de varias investigaciones estadísticas permite hacer una comparación entre el posicionamiento de México en 2018 y el de 2020. Según el informe sobre la brecha de género elaborado por el *World Economic Forum* para el año 2018[13] se puede observar que México se encuentra en la posición 50 con un índice global de 0,721. Por otro lado, en cuanto al índice inclusión política de las mujeres, resulta ser de 0,335. En lo que respecta al índice global, a pesar de la quincuagésima posición, se puede decir que la clasificación, al estar cerca de 1,

[10] Para más detalles sobre el *Gender Gap* remitirse al estudio: F. Perrin, *Can the historical Gender Gap Index deepen our understanding of economic development?*, en «Journal of Demographic Economics», vol. 88, n. 3, 2022, pp. 379-417.

[11] E. Bericat, *The European Gender Equality Index: Conceptual and Analytical Issue,* en «Social Idicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement», vol. 108, n. 1, 2012, pp. 1-28.

[11]

[12] World Bank, *Mexico Gender Assessment*, 2019, p. 72.

[13] World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report 2018*, 2018, p. 10.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tiene una connotación bastante positiva, algo que no se puede afirmar sobre el índice de participación política de las mujeres. Esto evidencia que, aunque el estado de México ha mejorado las políticas de inclusión en general, el campo de la política es el que más sigue sufriendo la desigualdad de género[14]. Mediante el mismo informe para el ano 2020[15], se puede observar que México se encuentra en la posición 25; el índice global de desigualdad de género es de 0,754 destacando una evolución desde el año 2018 de 0,034 y un valor completo de 0,108 desde el año 2006[16]. A pesar de la diferencia en decimales que puede parecer insignificante, la comparación de los dos informes señala que México ha subido un total de 25 posiciones en un periodo de tiempo relativamente corto. Como de hecho se señala en el informe[17], México es uno de los países investigados que más ha mejorado respecto a la aplicación de políticas públicas destinadas a reducir la desigualdad de género, subiendo 25 posiciones con una puntuación porcentual del 75,4%. Este enorme avance ha hecho posible una mayor inclusión de las mujeres en los cargos públicos mexicanos, sobre todo en lo que se refiere a las funciones ministeriales haciendo que la tasa porcentual del 15,8% en 2018 se eleve al 42,1%, más del doble.

Además, refiriéndonos al índice de inclusión política que en el año 2018 fue de 0.335 mientras que el mismo índice en 2020 resulta ser de 46.8%, es claro cómo el ámbito político mexicano ha ampliado la posibilidad y oportunidades al género femenino, incluyendo a más mujeres en las instituciones del país. Así, pasamos a un 48% de presencia femenina en el Parlamento, lo que hace que México se ubique en el puesto 14 en términos de apertura política.

4. *Las mujeres en la política y las instituciones mexicanas*

Entre los principales puntos de inflexión normativa que han otorgado y establecido hasta qué punto las mujeres pueden y deben participar en la política mexicana está la reforma constitucional en

[14] World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report 2018*, 2018, p. 8.
[15] World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report 2020*, 2020, p. 9.
[16] World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report 2020*, 2020, p. 9.
[17] *Ibidem.*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

2014. De hecho, se reformó parte de la constitución mexicana insertando la obligatoriedad del 50% de representación femenina en las listas que se proponen para las elecciones nacionales[18]. Además de establecer que la mitad de los candidatos debería ser mujeres para la candidatura nacional, se decidió que la misma norma debía aplicarse también a los niveles municipal y local y que, en caso de insuficiencia de las listas y del número de mujeres participantes, los responsables de la lista se expondrían a fuertes sanciones. Sin embargo, aunque existe la obligación de contar con un 50% de mujeres en una lista, no hay plazas garantizadas para las mujeres en el Parlamento Mexicano, en los municipios o en los consejos regionales. Además, en México no existe actualmente ningún tipo de financiación pública destinada a fomentar la participación política de las mujeres, de manera que se pueda cubrir la brecha de representación. A pesar de la falta de estos subsidios, desde que el Gobierno Mexicano introdujo las cuotas rosas obligatorias, el número de mujeres candidatas y elegidas para la Cámara de Diputados y para los puestos institucionales del gabinete ha aumentado drásticamente, aunque las mujeres mexicanas siguen estando políticamente subrepresentadas[19]. Refiriéndonos a las elecciones que tuvieron lugar en México el 1 de julio de 2018, la presencia femenina en la Cámara Baja casi había alcanzado a la masculina, es decir, 246 mujeres estuvieron presentes y fueron elegidas frente a 254 hombres electos: lo sucedido en los últimos años sirve para recordar que la evolución de la participación femenina mexicana no es algo que se pudiera predecir de forma sencilla, subrayando de hecho que no hace mucho tiempo (1991) que el número de diputadas representaba menos del 10% frente a los hombres, y es justo señalar cómo el voto para las mujeres estuvo prohibido como muchos otros derechos hasta el año 1953[20]. Después, el Gobierno Federal Mexicano en el año 2019 se dividió exactamente por la mitad entre mujeres y hombres, y por

[18] A. Piatti Crocker, *The Diffusion of Gender Policy in Latin America: From Quotas to Parity,* en «Journal of International Women's Studies», vol. 20, n. 6, 2019, pp. 44-59.

[19] L.A. Corona Nakamura, E.D. Salgado, *Women and Politics in Mexico and Brazil*, en «Seqüência estudos jurídicos e políticos», vol. 41, n. 85, 2020, pp. 112-134.

[20] A. Fernández Poncela, *Participación Política: Las Mujeres En México al Final Del Milenio*, El Colegio de México, Ciudad de México, 1995, p. 256.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

primera vez en la historia política mexicana, la mayoría de los Ministerios estaban dirigidos por mujeres. Precisamente por eso, según una tendencia contraria en otros países latinoamericanos, México se encuentra en 2020 entre los países con más mujeres en el gobierno, pero teniendo en cuenta que la población femenina mexicana asciende a 63,9 millones, las mujeres están todavía subrepresentadas a nivel político nacional[21].

4.1. *Participación política femenina en 2019: Padrón electoral, Senado y Cámara de Diputados*

En relación con el estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía titulado Mujeres y Hombres en México[22], es posible destacar datos relativos a cuántos hombres y cuántas mujeres se inscribieron en el padrón electoral[23] y en la lista nominal[24] en México en 2019. Citando el informe:

> De 1997 a 2019, el padrón creció en promedio poco más de 1.7 millones de personas cada año, al aumentar de 53.1 millones en 1997 a 89 millones en 2019, lo que significa un incremento de 36.9 millones de registros; la distribución por sexo no presenta diferencias significativas en el periodo, siendo relativamente mayor la participación de las mujeres que la de los hombres. La cobertura de las y los registrados en el Padrón Electoral respecto a la Lista Nominal se incrementa a lo largo de este periodo, ya que mientras en 1997 era de 91.1%, en 2019 es de

[21] L.A. Corona Nakamura, E.D. Salgado, *Women and Politics in Mexico and Brazil*, en «Seqüência estudos jurídicos e políticos», vol. 41, n. 85, 2020, pp. 112-134.

[22] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y hombres en México* 2019, p. 137. *https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825189990.pdf*.

[23] El "Padrón electoral" se refiere a la posibilidad de ejercer el derecho de voto una vez cumplidos los dieciocho años. Junto con el derecho a votar, el individuo se inscribe en un registro nacional para acreditar su identificación, edad y ciudadanía mexicana.

https://dorganizacion.ieem.org.mx/numeralia/padron_electoral.php.

[24] La "Lista nominal" se refiere a la circunscripción a la que pertenece el votante y dentro de la cual puede votar. Junto con el Padrón Electoral, la lista nominal constituye el elemento esencial para que los ciudadanos puedan ser votantes. *https://dorganizacion.ieem.org.mx/numeralia/padron_electoral.php*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> 98.3%. Es un poco mayor la cobertura observada entre las mujeres que la de los hombres, particularmente en 2015 cuando la diferencia es de 1.1 puntos porcentuales[25].

Por tanto, un dato relevante que se puede extraer del análisis de los datos es que el número de mujeres matriculadas en el padrón en 2019 es del 51,7% mientras que el porcentaje de hombres inscritos es del 48,3%. Con la misma lógica, el porcentaje de mujeres que se han inscrito en la lista nominal en 2019 es del 51,8% frente al 48,2% del género masculino. Considerando las cifras reportadas, es posible reflexionar sobre cómo ha sido la evolución de la participación femenina a lo largo del tiempo, superando la participación masculina.

A través del informe, en la sección correspondiente a la participación de las mujeres en el Padrón Electoral según entidad federativa[26], es posible notar cómo la presencia en los registros y en las listas nominales es más en términos de porcentajes de género femenino, en algunos estados específicos supera ampliamente la participación masculina: esto, junto con lo descrito a sobre el registro en las listas nominales y el padrón representa otro importante indicador respecto el cambio de tendencia que han tomado las mujeres en la participación en la esfera política del país. De conformidad con el reporte:

> La participación de las mujeres en el total de la población inscrita en el Padrón Electoral revela que en 28 entidades federativas el porcentaje de mujeres supera el 50.0%, de manera más pronunciada en los estados de Oaxaca (53.2%), Puebla (53.1%) y la Ciudad de México (52.9%). Por el contrario, las entidades en las que se registra el menor porcentaje de mujeres son Baja California Sur (48.7%), Quintana Roo (48.8%) y Baja California (49.8%)[27].

Por otro lado, el grafico sobre la composición del Senado de la República según sexo[28] escribe la tendencia de la presencia de muje-

[25] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y hombres en México* 2019, p. 137. *https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825189990.pdf*.

[26] *Ivi*, p. 138.

[27] *Ibidem.*

[28] *Ivi*, p. 139.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

res en el Senado de la República Mexicana desde el año 2013 hasta el año 2018. Partiendo de una presencia masiva de hombres, igual al 66,4% frente a sólo el 33,6% de mujeres, los porcentajes en los años 2013, 2014 y 2015 no han variado notablemente. Únicamente a partir de 2016 el porcentaje masculino pierde dos puntos porcentuales, haciendo que la presencia femenina en el Senado suba hasta el 36,7%. Misma tendencia también en el año siguiente, en 2017; el porcentaje masculino baja otros dos puntos, hasta el 61,7% mientras que el femenino alcanza el 38,3%. Solamente en el año 2018 se produce un claro reequilibrio entre las presencias femenina y masculina: el porcentaje en referencia a los hombres pasa a ser del 50,8% mientras que el femenino crece hasta el 49,2% mostrando así una brecha en los decimales entre ambos sexos.

Citando el informe también se pueden recoger otras reflexiones importantes*:*

> En la actualidad, la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión se compone por 128 representantes. Cada estado y la Ciudad de México están representados por dos senadores. Adicionalmente, 32 senadores son escogidos por la primera minoría y otros 32 por el principio de representación proporcional. En los últimos cinco años la composición por sexo de la Cámara de Senadores se ha modificado sustancialmente, ya que mientras en 2013, de cada 10 escaños solo tres estaban ocupados por mujeres, en 2018, sólo hay una diferencia de 1.6 puntos porcentuales. Es importante señalar que las suplencias deben de ser del mismo sexo[29].

En cambio, en el gráfico que hace referencia a la distribución porcentual de las mujeres y de los hombres de la Cámara de Senadores según grupo parlamentario[30], se encuentra la situación en el Senado de México en lo que respecta al año 2019.

Se puede observar que la XIV Legislatura del Senado de la República de México está conformada por grupos parlamentarios, es decir, el Partido Encuentro Social (PES), el Partido del Trabajo (PT), el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido Verde Ecologista de México (PVEM), el

[29] *Ivi*, p. 139.
[30] *Ivi*, p. 140.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), el Movimiento Ciudadano, y el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Las mujeres ocupan un mayor porcentaje que los hombres en el PSE, el PT y el PAN, con un 100%, un 66,7% y un 54,2% respectivamente. Están en igualdad de cuentas con la presencia masculina en el Senado en el PRI y el PVEM, mientras que, para los dos Movimientos, el PRD, las mujeres se encuentran en una posición minoritaria, con 45.8%, 37.5% y 20%. Como se indica en el documento:

> Las comisiones del Senado de México son grupos de trabajo que se dedican a dictaminar, investigar, consultar, analizar, debatir y resolver sobre las materias de sus competencias. Se conforman por integrantes de la Legislatura en turno y están representadas todas las fuerzas políticas con el fin de contar con pluralidad política. En la Cámara de Senadores, al mes de abril de 2019, sesionan un total de 50 comisiones ordinarias, una especial y cinco bicamerales, de las cuales dos presidencias están vacantes. De estas 50 comisiones, 23 están presididas por mujeres (46.0%) y 27 por hombres (54.0%)[31].

Observando los datos presentados en el gráfico titulado presidencias de las comisiones ordinarias en la Cámara de Senadores según grupo parlamentario y sexo[32], se puede deducir también cómo en ninguno de los grupos parlamentarios presentes en 2019 las mujeres son un porcentaje mayor que los hombres, únicamente en algunos grupos como los de Encuentro Social y Trabajo Ecologista la representación femenina y masculina son iguales y de hecho presiden algunas comisiones ordinarias. Las diferencias sustanciales que se observan son las relacionadas con el Movimiento de Regeneración Nacional donde el porcentaje de hombres es de 28% mientras que el de mujeres es de 18%, destacando una brecha de 10 puntos porcentuales; y en el PRI y el PRD sólo hay mujeres al frente de las comisiones ordinarias, excluyendo cualquier presencia masculina. En cambio, consultando el gráfico relativo a la distribución porcentual de las mujeres y los hombres en la Cámara de Diputados según grupo parlamentario[33], se puede constatar que durante la LXIV Legislatura de la Cámara de

[31] *Ibidem.*
[32] *Ibidem.*
[33] *Ivi,* p. 141.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Diputados de México la mayor presencia es la de los hombres. Hay pocas mujeres electas y en funciones como diputadas en las agrupaciones, tanto así que el partido con menor representación de mujeres es el Partido Verde Ecologista de México, con apenas 27.3% de mujeres. Los únicos en los que se reporta un mayor porcentaje de mujeres son el Partido de la Revolución Democrática (PRD) con 72.2%, el Partido del Trabajo (PT) con 53.6% y por último el Movimiento Ciudadano (MC) donde las mujeres representan el 53.6%[34]. Al igual que en el caso del Senado, se asignan comisiones ordinarias para la Cámara de Diputados.

A través de el grafico titulado Presidencias de las comisiones ordinarias de la Cámara de Diputados según grupo parlamentario y sexo[35], es detectable que, de las 46 comisiones ordinarias asignadas a los presentes en la Cámara de Diputados de México en 2019, 20 han sido asignadas a mujeres, lo que representa el 43.5% del total, mientras que la mayoría, es decir, 26 comisiones ordinarias han sido atribuidas a hombres, lo que representa el 56.5%.

Además, tanto el Partido Verde Ecologista como el Partido de la Revolución Democrática sólo cuentan con una mujer al frente de un comité ordinario. El PVEM no presenta ninguna mujer, mientras que el PRD no tiene ninguna comisión ordinaria encabezada por hombres.

4.2. *Participación política femenina en 2019: Administración Pública*

Aunque, como se ha visto en el Senado y la Cámara de Diputados de México la presencia de las mujeres está bastante bien definida y numéricamente casi equilibrada con la de los hombres, a través de el grafico sobre la distribución porcentual de las mujeres y de los hombres en los principales puestos de dirección en la Administración Pública[36], queda claro que en el sector de la administración pública las mujeres no están suficientemente representadas. Del total de categorías, sólo el 25,7% son ocupadas por mujeres, frente al 74,3% de hombres. Como se informa en el documento: «La mayor participación femenina se da en las Secretarías de Estado, en el que, por cada

[34] *Ibidem.*
[35] *Ivi*, p. 142.
[36] *Ivi*, p. 143.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

100 titulares, 36 son mujeres; así como en otros cargos, en las cuales 22 de cada 100 plazas son encabezadas por mujeres»[37].

Conforme a la distribución porcentual de las mujeres y de los hombres en el Poder Judicial[38] en 2019, incluso en la esfera judicial como en la administración pública las mujeres desempeñan un rol muy marginal.

En particular, en la categoría "Magistradas/os del Consejo de la Judicatura Federal", solamente el 18,2% de los cargos están ocupados por mujeres, mientras que en el 81,8% restante, es decir, más del triple, hay hombres en el cargo. Una situación similar, con los mismos porcentajes, se puede observar en la categoría "Ministras/os de la Suprema Corte de Justicia", donde las mujeres siguen siendo la minoría. Únicamente para el caso de las "Magistradas/os del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación" los porcentajes parecen estar moderadamente equilibrados, ya que la presencia femenina asciende al 45% y la masculina al 55%. Por lo tanto, citando el enforme:

> Por lo que toca al Poder Judicial de la Federación, de las 24 Magistradas y Magistrados de la sala superior y de las salas regionales del Tribunal Electoral, cuatro son mujeres (25.0%). Entre quienes integran el Consejo de la Judicatura Federal, de siete Consejeras(os), dos son mujeres (28.6%); situación similar se observa en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 11 ministras(os) dos son mujeres (18.2%). Finalmente, de las 301 magistradas(os) de los Órganos Jurisdiccionales del Consejo de la Judicatura Federal, el 18.2% son mujeres[39].

Resumiendo, la igualdad de género en México es más tangible en algunos ámbitos como los cargos parlamentarios, Senado y Cámara de Diputados, que en otros. La presencia de las mujeres en las principales instituciones del país hace que México, como ya se ha mencionado, sea uno de los estados con más mujeres en la representación nacional, pero, sigue existiendo una carencia respecto a la igualdad y las oportunidades de las mujeres en los ámbitos de la administración pública y del poder judicial. Esto es sintomático de que, aunque se han logrado notables avances a través de la inclusión de las "cuotas

[37] *Ivi,* p. 143.
[38] *Ivi,* p. 145.
[39] *Ibidem.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

rosas" y de las modificaciones constitucionales, queda mucho camino por recorrer para que México se convierta en uno de los estados modelo en materia de igualdad de género.

5. *El impacto de las mujeres en el crecimiento económico: métodos y encuestas*

Después de haber examinado la presencia de las mujeres en la política mexicana, una forma de entender cómo la desigualdad de género es una enorme amenaza en la realidad económica de los países es dar un vuelco a la concepción de las mujeres y, a través de métodos matemáticos, entender cómo la presencia de las mujeres en la política puede llevar a importantes implicaciones económicas. Disponer de más mujeres en el poder puede significar varias cosas: en primer lugar, una mayor representatividad de la población; en segundo lugar, la puesta en marcha de políticas más cercanas a las necesidades de las mujeres, que favorezcan su entrada en el mundo laboral y educativo, creando generaciones de mujeres autónomas, independientes y no perennemente subordinadas a las presencias masculinas. Uno de los métodos más acreditados para explicar cómo la participación política de las mujeres podría fomentar el desarrollo en términos económicos en el país es el propuesto por Jayasuriya y Burke[40]. A través de fórmulas y variables matemáticas[41], los dos autores han desarrollado una ecuación acreditada que puede confirmar hasta qué punto las mujeres en la política pueden ser reconocidas como un verdadero impulso en la economía de un país. El estudio se ha realizado a través del uso de una base de datos de 119 democracias existentes, evaluando a corto y largo plazo cuánto y cómo la participación de las mujeres en la política puede generar efectos positivos desde el punto de vista económico. Mediante el modelo denominado de "efectos fijos" y los datos obte-

[40] P. Burke, D. Jayasuriya, *Female parliamentarians and economicgrowth: evidence from a large panel*, en «Applied Economics Letters», vol. 20, n. 3, 2013, pp. 304-307.

[41] Para más detalles remitirse al estudio: M. Arellano, O. Bover, *Another look at theinstrumental variables estimation of error-componentmodels*, en «Journal of Econometrics», vol. 68, 1995, pp. 29-51.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

nidos sobre el producto interior bruto de los países en cuestión y el número de mujeres en sus respectivos parlamentos, ha sido posible generar la siguiente ecuación:

$$100(Y_{i,t} - Y_{i,t-1}) = \beta_1 Y_{1,t-1} + \beta_2 W_{i,t} + \beta X'_{i,t} + \beta_i + \beta_t + \varepsilon_i$$ [42]

A través de este mecanismo[43], Burke y Jayasuriya examinaron el periodo de tiempo comprendido entre 1993 y 2009, observando en primer lugar que el aumento del número de mujeres en el Parlamento a lo largo de los años fue un factor determinante en los resultados positivos obtenidos: los estudiosos pudieron constatar que las estimaciones de los efectos positivos de la participación parlamentaria de las mujeres en las respectivas democracias se tradujeron en importantes cambios respecto a las economías de los países. . Según el análisis de Burke y Jayasuriya, un aumento de un punto porcentual en la participación de las mujeres en el parlamento corresponde a un aumento de 0,16 puntos anuales en el crecimiento económico de los países considerados[44]. Por lo tanto, se puede afirmar que la participación de las mujeres en el parlamento y el desarrollo económico del país son dos elementos directamente proporcionales entre sí: a medida que uno aumenta, el segundo se incrementa proporcionalmente. Además, para comprobar el método propuesto por Burke y Jayasuriya y la hipótesis que sostiene que una mayor presencia de mujeres facilita la economía del país, investigaciones y estudios posteriores han señalado cómo, además del aumento del rendimiento económico, los cargos públicos ocupados por mujeres permiten un desarrollo de las iniciativas legislativas. Como de hecho argumenta Wängnerud, existe una

[42] P. Burke, D. Jayasuriya, *Female parliamentarians and economicgrowth: evidence from a large panel*, en «Applied Economics Letters», vol. 20, n. 3, 2013, p. 304.

[43] Las variables del modelo: "Y" es el logaritmo del PIB per cápita del país considerado; "i" es el país considerado; "t" corresponde al año en que se realiza la investigación; "W" es la proporción de mujeres en cargos parlamentarios en el país analizado; "X" corresponde a otras posibles variantes, como por ejemplo el crecimiento de la población; "βi" corresponde a los efectos fijos; "βt" efectos fijos del año considerado; "ε" término de error.

[44] Para más detalles al estudio: P. Burke, D. Jayasuriya, *Female parliamentarians and economicgrowth: evidence from a large panel*, en «Applied Economics Letters», vol. 20, n. 3, 2013, pp. 304-307.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

relación entre el número de mujeres elegidas y las políticas favorables a la mujer, como las normas contra la discriminación y la legislación que permite conciliar la vida familiar y laboral[45].

Además, entre las consecuencias positivas que se derivan como consecuencia de la presencia de mujeres en el poder, haciendo referencia específica al caso mexicano, está la reducción de los índices de corrupción nacional y local[46].

De acuerdo con las investigaciones mencionadas, es posible confirmar cómo la reducción de la desigualdad de género, especialmente en las instituciones y en el caso concreto del análisis de los parlamentos, es de fundamental importancia para dar nuevo combustible a los motores económicos de las democracias mundiales. Por lo tanto, a través de los ejemplos y modelos de estudio presentados es posible predecir y analizar cómo una mayor presencia de mujeres es, sin duda, un punto a favor de la economía y el desarrollo de un país.

6. *Conclusiones*

El objetivo del trabajo es presentar, a través de datos y estadísticas reportadas por los principales organismos nacionales mexicanos e internacionales, cuál es la participación política real de las mujeres mexicanas y cómo la implementación de la igualdad de oportunidades puede promover un mayor desarrollo económico de México y de los países en general. Empezando por un breve excurso histórico es posible entender cómo la figura de la mujer a lo largo de los años ha sido marginada, considerada inadecuada para la representación política local y nacional, calificando a las ciudadanas como no capaces de gestionar y administrar el discurso político. Hasta la llegada del sufragio universal y las subsiguientes reformas constitucionales en México, las mujeres recibieron los mismos derechos que los hombres, en particular el derecho al voto. Este cambio de trayectoria ha permitido que la participación electoral de las mujeres se convirtió en realidad;

[45] L. Wängnerud, *Women in parliaments: Descriptive and substantive representation*, en «Annual Review of Political Science», vol. 12, 2009, pp. 51-69.

[46] M. Grimes, L. Wängnerud, *Good Government in Mexico: The Relevance of Gender Perspective*, en «QoG Working Paper Series», vol. 11, 2012, pp. 1- 31.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

paso a paso han ido aumentando los porcentajes de mujeres en los cargos públicos, institucionales y jurídicos, restableciendo una forma de equilibrio. A pesar de que en el resto del mundo, especialmente en las democracias occidentales y en los países más desarrollados como Dinamarca, Suecia y Noruega, la participación de las mujeres en la política es efectiva y tiende cada vez más a la aniquilación de las desigualdades de género, en muchos otros países, especialmente en los que están en vía de desarrollo, las mujeres siguen ocupando muy pocos cargos públicos y participan de forma limitada en el proceso de *decision-making* de la agenda política. México, tal y por lo analizado, puede ser descrito como un caso de estudio cargado de paradojas: el activismo femenino ha luchado por conseguir resultados importantes; una vez conseguidos ha visto como la figura de la mujer ganaba consenso en la política en elecciones, candidaturas y roles parlamentarios, pero al mismo tiempo ha asistido a la penalización de la presencia de las mujeres en la administración pública y en la jurisdicción mexicana. A pesar de estar entre los países con mayor porcentaje de mujeres en el Parlamento, el camino para reducir la desigualdad de género sigue siendo largo y lleno de obstáculos. Los modelos propuestos aspiran a aportar pruebas concretas de que el aumento de la presencia de las mujeres en la política puede ser el impulso legislativo, económico y social adecuado, para que se pongan en práctica cuestiones que siempre se han definido como más "rosas". Romper el "techo de cristal" hecho de estereotipos de género y falsos mitos significa hacer que tanto la política como la economía y el mercado laboral sean lo más inclusivos posible en cuanto al género, mostrando cómo el término democracia equivale a garantizar a todos los ciudadanos, hombres y mujeres, la igualdad de derechos y el ejercicio de estos, afirmando al mismo tiempo cómo la igualdad de género es sinónimo de desarrollo y crecimiento.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Micaela Di Giorgio

La giustizia al tempo degli algoritmi. Il difficile connubio tra uomo e macchina

Sommario: 1. La giustizia tra progresso e tradizione. Il diritto dei diritti. – 2. Rischi e opportunità della decisione robotica. La giustizia predittiva in Italia… – 3. … E in America. Il caso *Compas*. – 4. La decisione della Corte Suprema del Wisconsin. – 5. L'imprescindibilità dei giudici *engagés*. Considerazioni conclusive.

1. *La giustizia tra progresso e tradizione. Il diritto dei diritti*

L'avanzamento tecnologico in atto, e la metamorfosi dei sistemi, impongono con urgenza l'adeguamento normativo, onde evitare la (r)iscrizione e divergente lettura del diritto (inteso come complesso di norme giuridiche) e dei diritti. Il ricorso, sempre più consistente, al *Machine Learning* determina l'esistenza di un irriducibile binomio tra le macchine intelligenti e l'uomo, entrambi essenziali e complementari. I tanti benefici resi dalla fruizione delle innovative strumentazioni digitali e delle soluzioni algoritmiche – in termini di efficienza e di potenziamento della qualità dei servizi – preconizzano ulteriori sviluppi e un più capillare impiego delle stesse.

L'uso dell'intelligenza artificiale, di cui l'acronimo AI, ha trovato una ricaduta applicativa in numerosi e diversi settori. Di recente, in particolare, si è dato avvio alla sperimentazione delle macchine intelligenti anche nel processo giudiziario, si comincia a parlare, infatti, di giustizia robotica, e in talune ipotesi di giustizia predittiva (*predictive justice*)[1].

[1] La Commissione Europea, a tal proposito, chiarisce che: «per giustizia predittiva si intende l'analisi di una grande quantità di decisioni giudiziarie mediante tecnologie di intelligenza artificiale al fine di formulare previsioni sull'esito di alcune tipologie di controversie specialistiche (per esempio, quelle relative alle indennità di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Si tratta di applicativi di supporto alla funzione legale, e a quella giurisdizionale, idonei ad analizzare in tempi ridotti, sicuramente più celeri rispetto a quelli impiegati dall'essere umano, una notevole quantità di informazioni, con lo scopo di prevedere l'esito (ovvero i papabili esiti) di un giudizio. Va chiarito che gli strumenti in questione non predicono il futuro, ma concedono una serie di probabili risultati[2].

Preliminarmente si precisa che, ad oggi, l'utilizzo che si fa dei sistemi automatizzati nelle aule di giustizia è quello di mero ausilio e supporto, come nel caso delle banche dati[3].

Le prospettive rispetto all'utilizzo delle soluzioni algoritmiche in campo giudiziario sono per la maggiore legate al campo delle c.dd.

licenziamento o agli assegni di mantenimento). Il termine "predittivo" utilizzato dalle società di *legal tech* è tratto dalle branche della scienza (principalmente la statistica) che consentono di predire risultati futuri grazie all'analisi induttiva. Le decisioni giudiziarie sono trattate al fine di scoprire correlazioni tra i dati in ingresso (criteri previsti dalla legge, fatti oggetto della causa, motivazione) e i dati in uscita (decisione formale relativa, per esempio, all'importo del risarcimento). Le correlazioni che sono giudicate pertinenti consentono di creare modelli che, qualora siano utilizzati con nuovi dati in ingresso (nuovi fatti o precisazioni introdotti sotto forma di parametri, quali la durata del rapporto contrattuale), producono secondo i loro sviluppatori una previsione della decisione (per esempio, della forbice risarcitoria)», Commissione Europea, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi,* Adottata dalla CEPEJ nel corso della sua 31ª Riunione plenaria*,* Strasburgo, 3-4 dicembre 2018, p. 47, reperibile su*: https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348.*

[2] I primi casi di giustizia predittiva – dal punto di vista filosofico – sono rinvenibili nella corrente del realismo giuridico americano. Taluni riferiscono che il primo e più importante caso di giustizia predittiva, posta in essere per mezzo di un algoritmo, si sia avuto nel 2013. Cfr. G. Alpa, *Note sulla calcolabilità nel diritto nordamericano*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 88 ss.

[3] Il progresso determinato dalla digitalizzazione ha consentito la fruizione di banche dati appositamente ideate per la ricerca giurisprudenziale, di programmi di gestione delle udienze, nonché di sistemi dedicati alla valutazione e all'ammissione delle prove e all'esperimento dell'esecuzione forzata. Sono sistemi pensati per supportare e integrare – in termini di efficienza – l'attività umana, non ambendo però a sostituirla. Cfr. M.R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla 'decisione robotica'? Il giudice di merito*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131 ss. Si veda anche R. Parasuraman - D.H. Manzey, *Complacency and Bias in Human Use of Automation: An Attentional Integration*, in *Human Factors*, 2010, p. 381.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

small claims, ovverosia a quelle controversie prevedibili e standardizzate, di modico valore e che generalmente vengono risolte ricorrendo a sistemi di *alternative disputes resolution*. In queste ipotesi, difatti, l'impiego dei *software* di natura predittiva, basati sull'elaborazione e sul processamento dei dati, potrebbe essere la migliore soluzione in termini di efficienza, qualità e celerità del servizio[4].

Il ricorso alla decisione robotica, dunque l'attribuzione alla macchina intelligente dell'esito del giudizio, parrebbe, pertanto, sempre meno lontano; *robot* che decidono della diatriba giudiziaria, sostituendosi *in toto* al giudice persona.

L'incontro tra la giustizia, la tecnologia e la gestione dei flussi documentali potrebbe essere un plusvalore in termini di efficienza, di qualità e di snellimento dei tempi processuali. Tuttavia, desta non poche perplessità la prospettiva che una macchina (per quanto intelligente) possa surrogarsi all'attività decisoria e valutativa del giudice.

A partire dai primi anni del 2000, il rapporto tra la qualità della giustizia e i tempi necessari per il raggiungimento di una risposta giudiziaria è divenuto una questione di politica pubblica, specie dopo la crisi economica del 2008. La tempestività e l'efficienza giudiziaria (rispetto alla gestione dei fascicoli, alla definizione ed esecuzione delle sentenze) hanno assunto un ruolo prioritario per la giustizia e per il consenso istituzionale, e hanno rappresentato quel punto di partenza che progressivamente ha condotto e giustificato il ricorso al processo telematico[5].

[4] Per un approfondimento dell'argomento si veda R. Bichi, *Intelligenza artificiale e diritto. Intelligenza artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in «Giurisprudenza Italiana», n. 7, 2019, p. 1657 ss.

[5] Con lo scopo di ridurre i tempi processuali, è stata approvata la legge n. 134 del 27 settembre 2021, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*. L'obiettivo è quello di rendere il procedimento penale più rapido ed efficiente, che è quanto altresì previsto nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il Governo si è dunque impegnato a ridurre entro i prossimi cinque anni la durata media del processo penale del 25%, condizione (questa) necessaria per l'accesso ai fondi. Il legislatore ha pertanto inciso e modificato (sul)la disciplina del processo penale, potenziando alcuni strumenti deflattivi di natura sostanziale e processuale, con lo scopo di incrementare l'effettività e l'efficienza del sistema sanzionatorio. La l. 134/2021 consta di due articoli: nel primo vengono elencati i principi e criteri direttivi per l'intervento delegato del Governo; nel secondo vengono indicate alcune modi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Le nuove tecnologie, che certo impattano in maniera positiva sui tempi processuali, determinano, tuttavia, un mutamento qualitativo e operazionale dei tribunali, dell'avvocatura e delle procure.

La ragionevole durata del procedimento giudiziario, che è principio costituzionale *ex* art. 111 Cost., è elemento essenziale del giusto processo, ma non possono certamente venire sacrificati altri diritti, ad esempio, quello di difesa o del contraddittorio.

E allora, quanto vale il progresso in termini di bilanciamento?

Data la necessaria consustanzialità di questi principi, è necessario salvaguardarne la corretta applicazione, senza tuttavia impedire all'ordinamento stesso di evolversi e di progredire in correlazione con il mutamento del contesto di riferimento.

L'AI consentirebbe l'incameramento dei dati e delle informazioni processuali, snellendo l'attività di cancelleria e permettendo l'automatizzata ottimizzazione delle prassi giudiziarie. L'ATP, per esempio, è un procedimento automatico che non per forza necessita dell'intervento umano o di ulteriori elementi conoscitivi da parte del giudice; per cui, in questo caso, le innovative strumentazioni dell'intelligenza artificiale potrebbero sostituire l'uomo senza arrecare pregiudizio alcuno. Le medesime considerazioni non possono tuttavia compiersi per la funzione dell'organo giudicante.

I primi studi relativi all'utilizzo delle macchine dell'AI in ambito giudiziario hanno preso avvio a partire dagli anni Settanta del secolo scorso e, anche nel nostro Paese, sono state compiute innumerevoli sperimentazioni a tal fine destinate. Ciononostante, le concrete applicazioni dell'AI nelle aule di giustizia nostrane registrano numeri sostanzialmente bassi, almeno per quel che concerne la giustizia predittiva.

fiche in materia di prescrizione e di ragionevole durata dei giudizi di impugnazione. Tra le misure previste all'art. 1, rientra il processo penale telematico; quest'ultimo dovrà gradualmente sostituire le attuali modalità previste per il deposito degli atti e dei documenti, nonché per le comunicazioni e notificazioni. Anche i criteri dettati al Governo per la disciplina della documentazione della prova dichiarativa e dell'interrogatorio possono ricondursi allo stesso scopo, ovverosia a quello di giungersi – nel medio lungo termine – alla transizione digitale. Per un approfondimento della riforma della giustizia si veda G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *SistemaPenale.it*, 15 ottobre 2021, estratto da: *https://www.sistemapenale.it/it/scheda/gatta-legge-2021-134-delega-riforma-giustizia-penale-cartabia?out=print.*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ad oggi, l'utilizzo delle macchine intelligenti con finalità predittive è iniziativa (quasi) esclusiva del settore privato e destinato alle compagnie d'assicurazione per la maggiore, o a studi legali, singoli avvocati e individui. Tuttavia, oltre ai casi applicativi appena illustrati, è evidente che la fruizione di tali sperimentazioni verrà progressivamente estesa nei procedimenti giudiziari[6].

Sulla base di un codice algoritmico – e di dati inclusi o esclusi – la macchina sarebbe potenzialmente in grado di valutare le prove e di deciderne l'ammissione; sarebbe altresì capace di formulare la "migliore" soluzione per il caso sottoposto sulla base di fattori statistici, del gruppo economico e sociale dell'imputato o convenuto, e di caratteristiche che, in alcuni casi, risultano indipendenti dal soggetto oggetto di valutazione. Il giudice persona potrebbe decidere sulla base

[6] A proposito delle applicazioni dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giuridica, va citato anzitutto il sistema *Claudette*, elaborato – in tutela dei consumatori – in Francia. Profittando dell'apprendimento automatico, il modello in questione consente di individuare le clausole abusive poste nei contratti o nell'informatrice. Provvede ad un c.d. *training set* predefinito di dati, sino a verificare la qualità giuridica e legittimità delle singole clausole poste all'intero dei contratti. Per mezzo di questo, ciascuna clausola contrattuale viene categorizzata in 'chiaramente legittima', 'chiaramente abusiva' o 'potenzialmente abusiva'; per quel che concerne le informative privacy, invece, in 'pienamente informative', ovvero 'insufficientemente informative'. In Francia, è stata altresì lanciata, di recente, una piattaforma finalizzata a prevedere l'esito giudiziale, attraverso un calcolo delle probabilità della definizione di una causa, dell'ammontare dei risarcimenti ottenuti in contenziosi simili e identifica gli argomenti su cui vale la pena di insistere. Valutazioni ricavabili sulla base di informazioni inserite dall'utente e in seguito alla rassegna di documenti, leggi e sentenze. La piattaforma denominata *Predictice* è ideata per gli avvocati, con lo scopo di offrire loro una statistica delle probabilità di successo di una determinata causa. Essa è differente dai precedenti progetti realizzati, come quello compiuto dalla società *Lex Machina*, specializzata nella problematica dei brevetti industriali, ovvero dal *Compas*, dedicato ai magistrati. In quest'ultimo caso l'algoritmo utilizza diversi dati assunti dalle sentenze giudiziarie per determinare il rischio di recidiva per un detenuto (come si chiarirà nelle pagine successive). Va altresì citato il sistema *Case Law Analytics*, che consente una celere valutazione dei vari rischi legati ai casi giudiziari (così da suggerire la migliore strategia per il più efficiente contenzioso) e la *DataJust*, ovverosia una banca dati che consentirà l'elaborazione di un algoritmo capace di utilizzare i dati presenti nelle decisioni già adottate, così da fornire alle parti indicazioni e statistiche rispetto all'opportunità di agire in giudizio. Cfr. C. Morelli, *Giustizia predittiva: in Francia* online *la prima piattaforma europea*, in *Altalex.com,* 2017.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dell'esito proposto dalla macchina, il cui procedimento decisionale però resta ignoto, ledendo, in questo modo, lo stesso principio del giusto processo, anche e perché «il software predittivo è un comodo riparo per il giudice che, nascondendosi dietro lo *score*, potrebbe omettere di considerare tutte le peculiarità del caso e, come immediata conseguenza, omettere di motivare adeguatamente in ordine alla commisurazione della pena»[7].

Il giudice, in questo caso, finirebbe per divenire mero esecutore e organo preposto a legittimare il risultato algoritmico.

Il processo di automatizzazione processuale fa leva sul potenziale cognitivo dell'innovazione, grazie alla notevole capacità di analisi computazionale del *database*, capace di attingere a riferimenti ermeneutici risalenti, evidenziando i plausibili arresti giurisprudenziali.

Gli strumenti dell'AI potrebbero però divenire – tra le altre cose – veicolo di discriminazione. Il problema è dato dal fatto che, differentemente dall'attività umana, le macchine intelligenti non sono capaci di rilevare i *bias* e di correggerli, perché non valutati come errori. Si rischierebbe, cioè, di assistere ad un consistente incremento di fenomeni discriminatori[8], perché il diritto (e l'etica) «è [sono] materia ribelle ai numeri»[9].

La giurisdizione, necessariamente terza e imparziale, e il principio di eguaglianza innanzi alla legge sono principi così radicati nella cultura politica delle democrazie e degli stati costituzionali che impongono necessari interventi, laddove dovessero verificarsi condi-

[7] J. Gerards, *The fundamental rights challenges of algorithms*, in «Netherlands Quarterly of Human Rights», n. 3, 2019, pp. 205-209.

[8] S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori cardinali della giustizia. La giustizia digitale permetterà la fedeltà a questi valori? Qualche riflessione a partire dall'esperienza francese,* in «Questione Giustizia», n. 4, 2018, pp. 200-213; *Contra*, A. Forza, R. Rumiati, G. Menegon, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[9] F. Carnelutti, *Matematica e diritto*, in F. Carnelutti, G. Chiovenda, P. Calamandrei, E.T. Liebman (a cura di), *Rivista di Diritto Processuale. Annata 1951*, VI, Cedam, Padova, 1951, pp. 211-212; sul punto si veda anche G. Tamburrini, *I matematici e le macchine intelligenti. Spiegazione e unificazione nella scienza cognitiva,* Bruno Mondadori, Milano, 2002, *passim*; ID., *La simbiosi cervello-calcolatore e il transumanesimo*, in L. Grion (a cura di), *La sfida postumanista. Colloqui sul significato della tecnica*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 83 ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

zioni minatorie. Si tratta, dunque, di condizioni imprescindibili della legittimazione istituzionale e democratica. La comunità cittadina vive e agisce in forza di quel patto democratico implicitamente sottoscritto, e principi come quelli appena enucleati hanno una rilevanza, nell'ambito del patto stesso, così tanto elevata da non potere essere sottovalutata una possibile negazione o involuzione degli stessi. L'introduzione – nel mondo della giustizia – di strumenti di automazione consentirebbe, al contempo, accesso (del cittadino al sistema, consentendo una sua maggiore consapevolezza), riduzione dei costi, efficienza. Tuttavia, come anticipato, le nuove sperimentazioni potrebbero collidere con il principio di eguaglianza, per esempio, dato che – come emerso e come meglio si dirà – gli algoritmi celano ancora oggi innumerevoli opacità e pregiudizi razziali.

2. *Rischi e opportunità della decisione robotica. La giustizia predittiva in Italia…*

In Italia l'eco di questi metodi è giunta con un certo ritardo rispetto ad altri Paesi; tuttavia, gli algoritmi predittivi cominciano ad essere trasposti anche nelle nostre aule di giustizia, specie per quel concerne il processo penale[10].

Nel panorama nazionale italiano sono oggi rinvenibili sistemi di AI in ambito giudiziario, come per esempio (e tra gli altri) il sistema Toga, che consente l'elaborazione analitica delle fattispecie criminose, processando i dati e le informazioni presenti in uno specifico *database*.

Un significativo contributo va altresì attribuito all'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, che investe consistenti risorse nell'elaborazione e progettazione di soluzioni di *Big Date Analytics*. Va citato inoltre l'operato della Procura di Genova che, fruendo del sistema algoritmico, ha gestito il contenzioso consequenziale alla caduta del ponte Morandi nel 2018.

[10] Per un approfondimento della questione si veda E.M. Catalano, *Prova indiziaria, probablistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1996, p. 517 ss.; P. Ferrua, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, *passim*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Dal 2007 la Questura di Milano utilizza il c.d. *KeyCrime* per la repressione e prevenzione dei reati seriali. L'algoritmo verifica le tendenze comunemente adottate nell'esecuzione delle attività criminose dai singoli soggetti e, in questo modo, riferisce con adeguate statistiche le connessioni sussistenti tra le varie fattispecie delittuose e la possibilità di una serialità nei reati.

ItalgiureWeb è una delle più importanti banche dati di carattere giuridico presenti nel nostro Paese. Essa nasce con finalità suppletive rispetto all'operato della Corte di Cassazione e alla funzione nomofilattica di cui è titolare. Operando in maniera predittiva, registra le connessioni logiche compiute dagli utenti nella ricerca testuale e, dunque, fornisce loro suggerimenti e supporto nella ricerca dei riferimenti normativi, o nella individuazione, per esempio, dei termini di ricerca.

Il 29 settembre 2021 il Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) della Corte di Cassazione e la Scuola Universitaria Superiore IUSS di Pavia hanno sottoscritto l'Accordo Quadro in materia di intelligenza artificiale e giustizia predittiva. Lo scopo è quello di offrire uno strumento adeguato alla raccolta di tutto il materiale digitale giuridico, valorizzando e organizzando analiticamente il complesso e articolato patrimonio giurisprudenziale e legislativo, fruendo dei vantaggi connessi all'impiego dei sistemi dell'AI e di *legal analytics*[11].

Il Laboratorio Interdisciplinare Diritti e Regole, *Lider Lab,* della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, ha recentemente elaborato una piattaforma di giustizia predittiva, metodologicamente progettata per l'analisi del materiale giurisprudenziale, grazie alla tecnica di *machine learning* e all'analisi dei *big data*. Lo scopo del progetto è quello di fornire supporto ai professionisti, ai singoli cittadini e, naturalmente, ai magistrati. Grazie ad essa, i cittadini e i professionisti godranno di un maggiore e più efficiente accesso alla giurisprudenza, così da preventivare in maniera autonoma i possibili esiti di un caso concreto; al contempo i giudici potranno avere una più rapida e approfondita

[11] All'art. 3 della Convenzione sono sanciti tre obiettivi da raggiungersi nel lungo termine. Anzitutto la predizione dell'esito dei processi decisionali amministrativi, politici e altresì di quelli giudiziari. Viene inoltre disposta l'estrazione e categorizzazione degli argomenti giuridici dal *corpus* delle decisioni e sentenze rinvenibili sulla piattaforma *Italgiure*. Infine, la creazione automatica di massime.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

conoscenza delle sentenze preesistenti e adottare decisioni più consapevoli. Si tratta di una piattaforma di alto livello, in grado di gestire e processare enormi flussi di dati e informazioni e, per mezzo degli algoritmi, di comprendere ed elaborare il linguaggio giuridico.

In materia di giustizia predittiva va inoltre necessariamente citata la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sentenza n. 2270 del 8 aprile 2019.

La vicenda concerne la nomina e il trasferimento di taluni docenti, le cui dichiarazioni sottolineavano che le decisioni sarebbero state assunte per mezzo di strumentazioni informatiche.

I ricorrenti lamentavano che il codice algoritmico avesse ignorato i criteri meritocratici, oltre che le preferenze ed esigenze indicate dai soggetti interessati; inoltre, il funzionamento dell'algoritmo sarebbe stato ignoto e i provvedimenti stabiliti sprovvisti di motivazione. Fattore, questo, significativamente rilevante se si pensa che sarebbe stato altrettanto difficoltoso individuare il responsabile del provvedimento e il responsabile delle operazioni e valutazioni compiute dalla macchina, in violazione dei principi previsti dal nostro ordinamento per l'attività amministrativa (principi costituzionali) e i diritti fondamentali degli individui.

Per tutte le questioni sollevate, il Consiglio di Stato ha tentato di chiarire (o meglio, dettare) appositi principi chiave per una corretta applicazione delle innovative tecnologie.

Gli algoritmi debbono necessariamente operare nell'osservanza dei principi di proporzionalità, trasparenza, imparzialità, ragionevolezza e di pubblicità *ex* art. 97 Cost.; debbono essere inoltre caratterizzati dall'oggettività e dall'assenza di discrezionalità, essendo, queste, caratteristiche proprie dei soli esseri umani. Anche lo stesso organo giudicante (persona) non può interpretare arbitrariamente la legge o discostarsi dal contenuto della norma, da quel «guscio incredibilmente vitale al suo interno»[12]. Violerebbe, nel caso, l'art. 12 delle Preleggi e altresì l'art. 101 Cost. Quest'ultimo (come del resto l'art. 65 ord. giud.) dispone l'impersonale oggettività del diritto e la funzionalità tecnica dell'applicazione dello stesso, vietando qualsivoglia condotta pregiudizievole. I codici algoritmici devono essere precisi e soggetti a frequenti controlli ed aggiornamenti, in modo da garan-

[12] F. D'Alto, *Il Giudice*: bouche da la loi?, in A. Cernigliaro (a cura di), Themis. *Tra le pieghe della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 115.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tirne la trasparenza e la conoscibilità dei programmatori responsabili del loro funzionamento[13].

La possibilità di profetizzare l'esito di una vicenda giudiziaria parrebbe certo illusoria, anche attraverso l'ausilio di complesse formule algoritmiche e matematiche, che verrebbero ideate per garantire la corretta applicazione della legge.

Ciò che, tra l'altro, si sta dimenticando è che la funzione del processo non è solo quella di fornire una determinata risposta ad una specifica domanda posta dalle o alle parti, quanto invece l'espletamento di una garanzia necessaria per l'attuazione dei diritti degli individui.

3. … *E in America. Il caso* Compas

Nonostante Leibniz avesse proposto, tra il diciassettesimo e il diciottesimo secolo, una riduzione organica dell'enigma processuale per mezzo di termini matematici precisi, è stato necessario attendere gli anni Settanta del secolo scorso per giungere alle prime teorizzazioni rispetto alla possibilità di matematizzare l'inferenza nelle aule giudiziarie[14].

L'attenzione alla materia, specie da parte della dottrina americana, spinge verso l'individuazione di specifiche regole che, senza modificare l'induzione giudiziaria, consentano l'elaborazione di uno schema che renda ripetibile l'*iter* decisorio. In tal modo si impatterebbe (in senso restrittivo) anche sul potere discrezionale del giudice, quantificando l'incertezza di cui è inevitabilmente investita la realtà processuale, tramite lo sviluppo di strumenti capaci di coadiuvare l'organo giudicante nella definizione della causa[15].

[13] Cfr. P.L.M. Lucatuorto, *Artificial Intelligence and Law: Judicial Applications of Expert Systems*, in «Cyberspace and Law», vol. 7, n. 2, 2006, pp. 219-242; P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 2017, *passim*; P. Contucci, *Intelligenza artificiale tra rischi e opportunità,* il Mulino, Bologna, 2019, *passim*.

[14] *Ex multiis*, P.S. De Laplace, *Saggio filosofico sulle probabilità* (1814), in Id., *Opere*, Utet, Torino, 1967, p. 341 ss.

[15] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1991; E.M. Catalano, *Prova indiziaria,* probablistic evidence *e modelli matematici di valutazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1996, p. 517 ss. *Contra* M.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In alcuni Paesi comincia già a parlarsi del giudice *robot,* che nel prossimo futuro potrebbe sostituire totalmente il giudice persona fisica, sicuramente contribuendo a velocizzare e automatizzare le decisioni giudiziarie, pure se – come già asseriva Calamandrei – gli ordinamenti giuridici necessitano di giudici con un'anima (non inanimati), giudici *engagés*, persone «che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia»[16].

Ad ogni buon conto, ad oggi, non è ancora verificabile la previsione (per molti nefasta) per la quale nel prossimo futuro le decisioni giudiziarie saranno interamente attribuite a macchine intelligenti, nonostante – specie a servizio dei giudici statunitensi – siano stati già introdotti programmi di elaborazione dei dati e algoritmi predittivi (nel sistema penale) atti a verificare il rischio che il reo delinqua nuovamente.

In America nelle aule giudiziarie è d'uso comune il supporto delle innovative strumentazioni tecnologiche e di *software* di giustizia predittiva, utili per meglio commisurare il rischio di recidiva e – di conseguenza – per comminare la pena più giusta[17].

Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 334 ss.; F. Caprioli, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. Pavarini, L. Stortoni (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna University Press, Bologna, 2013, p. 21: «Non si tratta di ricostruire un comportamento umano appartenente al passato ma di prevedere un comportamento umano futuro. Il giudice dunque non ragiona abduttivamente, come fa quando è chiamato a stabilire se l'imputato è innocente o colpevole: non formula ipotesi sulla base delle evidenze a sua disposizione per poi scegliere l'ipotesi migliore, non cerca spiegazioni di fatti del presente (le prove) in fatti del passato. Come ogni ragionamento prognostico, la valutazione di pericolosità sociale ha natura deduttiva: muove dall'antecedente al conseguente, dalla causa all'effetto e non viceversa».

[16] P. Calamandrei, *Opere Giuridiche. Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, 1943, in F. Colao, *Legality, justice and politics in Piero Calamandrei's Italy*, in «Journal of Constitutional History», n. 35, 2018, p. 177 ss., estratto da: *link.gale.com/apps/doc/A551495982/AONE?u=anon~de6bacd8&sid=googleScholar&xid=-d444c4bd.* Sull'argomento si veda altresì P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in «Rivista di Diritto Processuale Civile», III, 1955, p. 164.

[17] Negli Stati Uniti i sistemi di intelligenza artificiale con finalità predittive annoverabili sono la *regulatory analysis*, il *law enforcement* e l'*adjudication*. La giurisprudenza statunitense ha legittimato il ricorso agli algoritmi come supporto nella costruzione decisione della corte, ammettendo l'applicazione dei sistemi di giustizia predittiva e della robotica nel giudizio. Analogo discorso anche per le controversie finanziarie, nelle quali viene oramai frequentemente utilizzato il *Consumer Financial*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In Europa, forse anche perché più profondamente avvertito il potenziale rischio determinato dall'utilizzo delle macchine intelligenti, si spinge verso l'intelligibilità della decisione giudiziaria, verso la garanzia dell'intervento umano e, nel caso, verso il diritto dell'imputato (o indagato) ad essere informato rispetto al percorso logico compiuto dalla macchina. Tale è l'orientamento sottolineato dal Parlamento Europeo nel *report AI and Robotics*, e quanto altresì sancito agli artt. 13, 14 e 15 GDPR. Il funzionamento delle nuove strumentazioni è qui ponderato alla normativa in materia di trattamento dei dati personali, oltre che agli orientamenti europei volti ad individuare le linee guida per l'integrazione tra sviluppo delle nuove tecnologie ed etica.

L'esperienza dei due Paesi è sicuramente differente, per il diverso substrato culturale, sociale e normativo, ma in ambedue la figura del giudice persona conserva quella posizione di necessario e imprescindibile garante della giustizia[18].

Ad ogni buon conto, è una realtà che va sempre più concretizzandosi e della quale dovrebbero essere accuratamente verificati gli effetti, onde evitare che il "labile" confine tra il tradizionale e l'innovazione possa in qualche modo violare la garanzia del giusto processo.

Il celebre caso *Compas* è ad oggi la principale unità di misura per ipotizzare i plausibili effetti derivanti dall'utilizzo dei *software* di

Protection Bureau. Cfr. P. Guarda, *Sistemi informatici per la ricerca della giurisprudenza*, in R. Caso (a cura di) *Guida alla ricerca e alla lettura delle decisioni delle Corti statunitensi*, in *Quaderni del dipartimento*, Università degli Studi di Trento, Trento, n. 54, 2006.

[18] Per un'analisi più accurata si veda anche J. Mccarthy, *Chess as the Drosophila of AI*, in T.A. Marsland, J. Schaeffer (eds.), *Computers, Chess, and Cognition*, Springer, New York, 1990, p. 227 ss.; M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2019, estratto da: *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6903-gialuz2019b.pdf.* La Francia è in Europa il Paese nel quale il dibattito concernente le tematiche della "giustizia predittiva" è più vivace. Difatti, in seguito all'approvazione, il 6 ottobre 2016, della legge sulla *République numérique*, finalizzata a garantire la maggiore trasparenza possibile nell'attività dei tribunali, l'Amministrazione deve rendere note, tramite apposite piattaforme in rete on-line, le decisioni giudiziali emesse (all'incirca 3 milioni di pronunce all'anno). Per tale ragione ad oggi esiste una banca dati *open data* di significativa consistenza. Per un approfondimento si rimanda a A. Garapon - J. Lassègue, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

giustizia predittiva. In questo caso i sistemi di intelligenza artificiale sono stati utilizzati nella fase di cognizione[19].

Compas (*Correctional offender managment profiling for alternative sanctions*) è tra i più importanti algoritmi processuali applicati in via sperimentale. Inizialmente è stato adottato da un numero ristretto di Corti di merito per prevedere – statisticamente – la probabilità di recidiva (futura). Opera sulla base di una serie di dati oggettivi relativi alle condizioni personali e socioeconomiche dell'imputato, al trascorso criminale di questi e alle risposte fornite dallo stesso reo alle 137 domande elaborate dalla macchina. La Divisione di servizi per la giustizia penale dello Stato di New York lo ritiene affidabile, per cui è ampiamente utilizzato dai corpi nazionali di polizia per soppesare la supervisione necessaria ai soggetti sottoposti alla libertà vigilata. Ebbene, la Corte Suprema del Wisconsin, nel 2016, ne ha fruito per definire il caso *State v. Loomis*. Trattandosi di un algoritmo brevettato, non è necessario comunicare alle parti il meccanismo di funzionamento del *software*, per cui pare difficoltoso considerarlo – contro ogni ragionevole dubbio – idoneo, dal punto di vista epistemico, alle valutazioni per cui è chiamato[20].

[19] State of Wisconsin, *Plaintiff-Respondent, v. Eric L. Loomis, Defendant-Appellant*, Case no. 2015AP157-CR, 13 luglio 2016, in *Giurisprudenza penale Web,* estratto da: *https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/04/Supreme-Court-of-Wisconsin.pdf* . Cfr. S. Carrer, *Se l'*amicus curiae *è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4, 2019, estratto da: *https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/04/24/lamicus-curiae-un-algoritmo-chiacchierato-caso-loomis-alla-corte-suprema-del-wisconsin/*.

[20] Anche se come ricordato dalla Commissione Europea per l'efficienza della Giustizia, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit. nt. 58, p. 32: «l'articolo 9(1)(c) della Convenzione 108 modernizzata che prevede per l'interessato il diritto "di ottenere, su richiesta, conoscenza del ragionamento alla base del trattamento dei dati, allorché gli sono applicati gli esiti di tale trattamento". Il rapporto esplicativo della Convenzione 108 modernizzata (§77) afferma: "gli interessati hanno il diritto di ottenere conoscenza del ragionamento alla base del trattamento dei dati, comprese le conseguenze di tale ragionamento e le conclusioni che ne possono essere state tratte, in particolare nel caso di utilizzo di algoritmi al fine dell'adozione di una decisione automatizzata, specialmente nel contesto della profilazione. Nel caso di un sistema di valutazione dell'affidabilità creditizia, per esempio, i mutuatari hanno il diritto di conoscere la logica utilizzata nel trattamento dei loro dati che conduce alla concessione o al rifiuto del prestito, invece di essere semplicemente informati della decisione stessa. La comprensione di questi elementi contribuisce all'esercizio effettivo di altre garanzie fondamen-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Per chiarezza espositiva si riporta sinteticamente la vicenda. In America, nello stato del Wisconsin, nel 2013 Eric Loomis viene condannato dal tribunale circondariale di La Crosse alla pena di sei anni di reclusione per avere guidato un'automobile utilizzata nel corso di una sparatoria e per non essersi fermato al controllo delle forze dell'ordine.

All'imputato vengono addebitati cinque capi d'accusa, quali la messa in pericolo della sicurezza, la guida di un veicolo senza il consenso del proprietario, il tentativo di fuga ed elusione di un ufficiale del traffico, il possesso di armi da fuoco e di un fucile a canna corta.

La Corte preliminarmente dispone uno PSI, *Presentence Investigation Report*, ovverosia un rapporto di quanto emerso dalle investigazioni sulla storia personale di Loomis, utile per la determinazione della pena. La relazione include anche i risultati forniti da un *software* di giustizia predittiva, il *Compas*. Quest'ultimo è uno strumento di valutazione ideato tanto per verificare il rischio di recidiva, quanto per individuare i bisogni dell'imputato (da quelli occupazionali, a quelli abitativi e a quelli legati, per esempio, ad eventuali abusi di sostanze stupefacenti), elaborando le risposte, i comportamenti del reo e i dati contenuti nel fascicolo di questi. Per mezzo di una scala da 1 a 10 calcola e quantifica il rischio di recidiva generale, processuale e violenta, così da pronosticare la probabilità di delinquenza futura dei soggetti con una storia criminosa alle spalle. La "problematicità" dell'algoritmo in questione è data dal fatto che esso non va a predire il rischio di recidiva del singolo, ma compara le informazioni individuali del reo con quelle di un gruppo di individui con caratteristiche similari.

Nel caso giudiziario oggetto di analisi, *Compas* attesta un livello elevato di rischio di recidiva generale, violenta e processuale, chiarendo tuttavia che i risultati elaborati avrebbero dovuto essere assunti per decidere, o meno, della reclusione, ma non per decidere della gravosità e severità della pena.

Il Tribunale, tenuto conto anche dei risultati acquisiti per mezzo dell'elaborazione della macchina, ritenendo l'imputato potenzialmente minaccevole per l'intera comunità, lo condanna alla pena della reclusione, rifiutandogli inoltre la concessione della libertà vigilata.

tali, come il diritto di opposizione e il diritto di ricorso dinanzi a un'autorità competente". L'espressione "deve ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata" si trova anche nel RGPD (articolo 13(1)(f); articolo 14(2)(g); articolo 15(1)(h))».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Loomis, lamentando la violazione del diritto ad un giusto processo, e ad un processo equo sotto il profilo dell'idoneità epistemica, deposita apposita istanza per la revisione della pena. Anzitutto viene chiamato in giudizio un esperto informatico, che testimonia la mancata idoneità del *Compas* nelle decisioni di incarcerazione. I difensori dell'imputato asseriscono altresì la mancata conoscenza e informazione rispetto al funzionamento del *software* e del percorso logico condotto per l'elaborazione dei dati. L'istanza viene rigettata e Loomis impugna la sentenza innanzi alla Corte d'Appello che rimette la questione alla Corte Suprema del Wisconsin[21].

In breve, stante le difese, il giudice investito della causa, nella definizione della pena da irrogare, avrebbe tenuto conto anche (e soprattutto) dei risultati dati dal *Compas*. Il sistema in questione avrebbe calcolato anche la possibilità di recidiva futura, stabilendo la percentuale del rischio di commissione di un nuovo reato da parte del reo, che veniva pertanto condannato non solo per quanto effettivamente compiuto, ma e altresì per quanto avrebbe potuto commettere in futuro.

Per meglio spiegare, a Loomis viene inflitta una pena più alta non per la recidiva come comunemente intesa, ma per la possibilità che questi potesse poi nuovamente delinquere. Una sorta di condanna preventiva per la possibilità di recidiva futura.

4. *La decisione della Corte Suprema del Wisconsin*

La Corte Suprema, confermando la sentenza del giudice di *prime cure*, afferma che, anche senza l'utilizzo del *Compas*, la sentenza sarebbe stata la medesima; ammette inoltre l'utilizzo del *software* anche per la determinazione e quantificazione della pena, operando nel rispetto di taluni limiti e necessarie cautele. L'Organo, però, stabilisce che

[21] Sulla garanzia del giusto processo si veda S. Quattrocolo, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in «BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto», n. 1, 2019, pp. 135-144; C. Castelli, D. Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2019; I. Goodfellow, P. Mcdaniel, N. Papernot, *Making Machine Learning Robust against Adversarial Testing*, in «Communications of the ACM», n. 7, 2018, p. 55 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

i risultati dati dal calcolo della macchina non possano essere intesi e utilizzati come fattori determinanti la decisione o meno di reclusione.

Loomis lamenta l'attendibilità dell'algoritmo e l'inconfutabilità attribuita ai risultati elaborati dallo stesso. La Corte, sulla base delle stime e valutazioni condotte negli anni da innumerevoli Paesi americani, ne conferma l'affidabilità[22].

La difesa sostiene inoltre la violazione del diritto ad essere condannato ad una pena individualizzata e l'uso improprio – nella determinazione della pena – del dato di genere. *Compas* avrebbe attribuito una significativa importanza ad alcuni fattori (come l'educazione, l'etnia o il *background* familiare dell'imputato) che comunemente non rivestono forza determinante. A tal proposito, la Corte chiarisce che l'algoritmo, tenuto a garantire una valutazione accurata, deve essere utilizzato con cautela, monitorato costantemente e regolarmente aggiornato. Vero è che esso verifica la possibile criminosità futura di un individuo sulla base di fattori specifici come la condizione sociale di questi; per tale ragione, il giudice deve pur tenere conto dei risultati processati dal *software*, giungendo però alla decisione non solo sulla base di questi, ma di tutti quanti gli elementi in suo possesso. Per quel che concerne la questione di genere – la difesa lamentava, infatti, la discriminazione nei confronti del genere maschile, ritenuto, dalla macchina, più incline alla recidiva – la Corte afferma che nella decisione di primo grado il genere era stato solo uno dei tanti elementi considerati, ma non quello determinante[23].

Per le ragioni elencate, la Corte Suprema asserisce che non ci sarebbe stata violazione alcuna del giusto processo, né dal sistema *Compas*, né tantomeno dall'organo giudicante.

La Corte, dunque, nelle ipotesi in cui risulti necessario per la comminazione di misure alternative alla detenzione, ammette l'utiliz-

[22] Commissione Europea per l'efficienza della giustizia, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla CEPEJ nel corso della sua trentunesima Riunione plenaria, Strasburgo, 3 dicembre 2018, p. 36 ss.

[23] M.C. Falchi, *Intelligenza Artificiale: se l'algoritmo è discriminatorio*, in «Ius in itinere», 2020, pp. 1-6, estratto da: *file:///C:/Users/User/Downloads/iusinitinere.itIntelligenza%20Artificiale%20se%20lalgoritmo%20%C3%A8%20discriminatorio.pdf*; G. Olivi, Big Data, metadata *e intelligenza artificiale: i confini tra i diversi diritti*, in «Dir. Industriale», n. 2, 2020, p. 181 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

zo dei sistemi di AI nelle aule di giustizia, riguardo ai casi di individui a basso rischio di recidiva, e per valutare la possibilità di esercitare un opportuno controllo su un determinato delinquente all'interno della società, ad esempio tramite l'affidamento in prova. Le macchine intelligenti sono altresì un utile supporto per l'imposizione di condizioni e termini per la libertà vigilata, per la supervisione e per le eventuali sanzioni consequenziali alla violazione delle regole previste dai regimi alternativi alla detenzione. Tuttavia, si chiarisce che gli algoritmi a base statistica – così come *Compas* – sono solo uno degli innumerevoli fattori che possono essere ponderati e considerati nella decisione giudiziaria; il ricorso agli stessi, quindi, deve essere ragionevolmente limitato alla combinazione e al bilanciamento dei dati indiziari e probatori acquisiti, ma non a definire – in via esclusiva – il giudizio. Il giudice persona conserva dunque il potere discrezionale di disattendere la valutazione compiuta dalla macchina, se necessario, nella consapevolezza che l'esaltazione entusiastica delle Corti rispetto alla valenza probatoria dei *risk assessment tools* non può condurre al sacrificio della specificità del caso concreto[24].

5. *L'imprescindibilità dei giudici* engagés. *Considerazioni conclusive*

Nel 2016 cominciano le prime polemiche contro la sentenza in commento. L'organizzazione *ProPublica*, una *no-profit* americana, ha provveduto ad eseguire e a rendere nota un'accurata analisi del funzionamento di *Compas*, dalla quale sarebbe emersa la mancata trasparenza del sistema, e altresì la discriminazione sottesa ai dati processati dallo stesso[25].

[24] Sulla funzione del giudice persona nel processo penale si veda, tra i tanti, G. Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in «Diritto penale e processo», n. 10, 2003, pp. 1193-1200; V. Grevi, *Prove*, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VIII, Cedam, Padova, 2016; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII, Giuffrè, Milano, 2016.

[25] «Our analysis of Northpointe's tool, called COMPAS (which stands for Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), found that black defendants were far more likely than white defendants to be incorrectly judged to be at a higher risk of recidivism, while white defendants were more likely

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

La potenza mediatica del caso ha sollevato l'attenzione pubblica sulle criticità del sistema di giustizia basato sugli algoritmi di AI, sulle implicazioni giuridiche, etiche e morali consequenziali al ricorso alle macchine intelligenti e alle significative ripercussioni sulle libertà e sui diritti degli individui. *Science Advances*, a tal proposito, dichiara che il processamento dei dati e le analisi compiute dal sistema *Compas* equipererebbero, in termini di affidabilità, le valutazioni di un gruppo di inesperti causalmente sorteggiato.

Il *Royal United Service Institute*, nel 2019, verificando l'efficienza di alcuni sistemi di giustizia predittiva elaborati sulla base dei *database* forniti dal corpo di polizia, ha evidenziato l'inevitabile ingerenza dei pregiudizi e delle opinioni dei singoli agenti sul funzionamento della macchina. Questa, acquisendo ed elaborando le informazioni date dai rapporti redatti dai singoli agenti, finisce per "pensare" e agire nello stesso modo dell'agente stesso, assorbendone così convinzioni e pregiudizi. Anche in questo caso emerge la fallibilità delle macchine, pari ed eguale a quella dell'uomo, con la differenza che l'errore del *software* è difficilmente appellabile e controvertibile, più di quanto lo sia quello compiuto dal giudice persona[26].

Nell'epoca della digitalizzazione e delle strumentazioni di AI, nell'epoca dell'efficienza e dello snellimento delle procedure, anche la giustizia deve essere ripensata e adeguata al progresso. Questo, tuttavia, non significa che possano andare sacrificate le garanzie ad oggi ottenute.

Il meccanismo di funzionamento algoritmico è ignoto, giacché caratterizzato da una difficile comprensibilità e da scarsa trasparenza; è altresì "monopolio" di pochi, tanto che per la comunità scientifica risulta difficoltoso procederne alla supervisione e al controllo. Vanno aggiunte, inoltre, le implicazioni ecologiche (il *training* delle reti neurali cagiona livelli di emissione di CO_2 smisurati) ed etiche legate

than black defendants to be incorrectly flagged as low risk». J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, 2016, estratto da*: https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm*.

[26] Per un approfondimento dell'argomento si rimanda a A. Janjeva , A. Harris, J. Byrne, *Il futuro dell'intelligence open source per la sicurezza nazionale del Regno Unito,* in «RUSI Occasional Paper», 2022, pp. 1-62, estratto da: *https://static.rusi.org/330_OP_FutureOfOpenSourceIntelligence_FinalWeb0.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

all'impiego delle macchine dell'AI. La tecnica algoritmica, se utilizzata come mezzo della polizia predittiva, potrebbe – come emerso – trasformarsi in uno strumento di esasperazione e perpetuazione delle discriminazioni, imponendoci un'amara rilettura del nostro sistema giudiziario non più ancorabile a talune garanzie, come quella del giusto processo, quella dell'eguaglianza di tutti dinanzi alla legge o anche del principio di non colpevolezza dell'imputato sino alla sentenza di condanna.

Le macchine, perché progettate dall'uomo, hanno le medesime possibilità di fallimento e lo stesso margine d'errore umano. Per quanti benefici possano portare, rispetto per esempio alla maggiore celerità del processo, non sono idonee e non possono completamente sostituire l'anima e la capacità critica del giudice persona. La funzione giurisdizionale deve, nel suo nucleo essenziale, rimanere una prerogativa umana. Piuttosto, occorrerebbe giungere ad una coesistenza dell'uomo e della macchina, quest'ultima utilizzata come mero strumento di supporto e ausilio all'organo giudicante, senza mai esautorare il giudice dalle funzioni di cui è competente.

Le macchine intelligenti, per quanto capaci di apprendere per mezzo del *deep learning*, restano del tutto prive di quella effettiva capacità di discernimento, che è prerogativa del solo giudice persona. Per tale ragione, andrebbe ricercata una posizione di equilibrio, dove umanità e progresso coesistano e anzi si supportino.

Occorre necessariamente avallare il progresso, tenendo tuttavia in debito conto le giuste (e democratiche) premesse storiche e culturali. Il plusvalore – di cui si parlava nella prefazione – nei giudizi è la capacità del giudice persona di carpire la complessità del caso sottopostogli, di cogliere la dimensione umana inevitabilmente implicata nella questione e dalla quale discendono tutte le variabili del caso. L'unica conclusione plausibile allo stato attuale è l'imprescindibilità dell'uomo nelle aule di giustizia. Al contempo, l'algoritmo funge da argine alla discrezionalità umana (proprio perché inanimato e imperturbabile), divenendo in questo modo un effettivo valore aggiunto al processo. Se impiegato come mero ausilio, sarà difatti utile per correggere gli eventuali (e inevitabili) errori determinati dall'emotività e umanità. L'uso appropriato degli algoritmi, inoltre, se impiegati come coadiutori del giudice persona nella valutazione dei fatti, garantisce statistiche e prove (quasi) certe. È proprio la certezza del diritto ad es-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sere salvaguardata con le innovative strumentazioni dell'intelligenza artificiale e della giustizia predittiva, meno – come emerso – la dignità ed eguaglianza di tutti gli individui, rispetto alle quali il giudice (e ovviamente la legge) conserva(no) la posizione di garante(i).

Come sottolineato dall'allora Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, in occasione del seminario europeo *Digital justice ministerial forum*: «Il controllo umano è garanzia di decisioni umane. […] l'intelligenza artificiale può portare un grande valore aggiunto per la sua immensa capacità di raccogliere ed elaborare dati, con una potenza che sfugge alle umane capacità. Viceversa, il momento del decidere deve rimanere sempre nelle mani del giudice in carne ed ossa, capace di cogliere tutte le sfumature, le peculiarità e le irripetibili specificità di ogni singolo caso»[27].

La giustizia predittiva e l'utilizzo degli algoritmi in sede processuale è un'opportunità che va implementata, ma, considerati i rischi, il Legislatore (anzitutto) non può sottrarsi dall'individuazione dei criteri necessari per la catalogazione di soli quei sistemi effettivamente utili non solo al processo, ma, e altresì, a chi il processo lo subisce. I giudici «in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori, hanno il dovere di garantire il rispetto delle promesse costituzionali, [anche e soprattutto alla luce del fatto che la Costituzione – la nostra –] è una Costituzione che apre le vie verso l'avvenire. […] è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa società»[28], pur sempre nell'ineludibile rispetto dei principi sui quali la società stessa si fonda.

[27] M. Cartabia, *Intervento* in occasione del *Digital Justice Ministerial Forum*, 12 ottobre 2021, estratto da: *https://digital-justice-ministerial-forum-2021.b2match.io/*.

[28] P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione agli studenti milanesi*, 26 gennaio 1955, in A. Natale, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in «Questione Giustizia», n. 4, 2018, p. 16, reperibile su: *https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/546/qg_2018-4_02.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Carmen Fiore

Il consumatore nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Sommario: 1. Il sovraindebitamento nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. – 2. I soggetti sovraindebitati: il consumatore. – 3. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento riservate al consumatore. – 4. L'esdebitazione del soggetto sovraindebitato. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*

Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento sono disciplinate dal decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, c.d. CCII), che ha posto in un unico corpo normativo gli strumenti di crisi e di insolvenza di ogni tipologia di debitore[1]. L'obiettivo è di provvedere alla semplificazione della disciplina in materia di sovraindebitamento in modo da definire soluzioni dirette a promuovere la continuità dell'attività svolta dal debitore, nonché le modalità della loro eventuale conversione nelle soluzioni liquidatorie[2]. In particolare, il Codice disciplina

[1] La riforma della disciplina delle procedure concorsuali è stata avviata in base ai principi enunciati nella legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, ossia: sostituire il termine fallimento con l'espressione liquidazione giudiziale; introdurre una definizione dello stato di crisi; assoggettare ai procedimenti di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore; dare priorità alle proposte che garantiscono il superamento della crisi, in modo da assicurare la continuità aziendale; ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali; riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi; istituire, presso il Ministero della giustizia, un albo dei soggetti destinati a svolgere, su incarico del Tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali.

[2] La legge delega n. 155/2017 ha attribuito al Governo il compito di «adottare uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali» defi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

> le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici[3].

Pertanto, l'ambito di applicazione della normativa è piuttosto ampio, tale da comprendere le situazioni di difficoltà economico-finanziarie di ogni categoria di debitore, con la sola esclusione degli enti pubblici.

In materia di sovraindebitamento, il Codice provvede alla revisione della disciplina cercando di adeguarla alle modifiche apportate alle procedure di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza[4]. Nello specifico, il Codice ha introdotto una nuova nozione di sovraindebitamento definito, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 14/2019, come «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore agricolo, dell'imprenditore minore, delle start-up innovative», nonché di «ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza»[5]. Pertanto,

nite dal regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942 e «della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento» contenuta nella legge n. 3 del 27 gennaio 2012.

[3] Il CCII è entrato in vigore il 15 luglio 2022, dopo numerose proroghe. In attesa di tale data, i ricorsi «depositati prima dell'entrata in vigore del Codice», nonché quelli pendenti alla suddetta data sono definiti secondo le disposizioni contenute nel r.d. n. 267/1942 e nella l. n. 3/2012. Solo per i procedimenti avviati dal 15 luglio 2022 si applicano le disposizioni del Codice, mentre la normativa precedente è stata completamente abrogata.

[4] N. Soldati, *Il concordato minore nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza quale evoluzione dell'accordo con i creditori*, in «Diritto della crisi», vol. 3, 2021, p. 2.

[5] A livello comunitario nel 1992 il Consiglio ha deciso di avviare una ricerca in materia di sovraindebitamento. Successivamente anche il Comitato economico e sociale con la delibera del 27 maggio del 1999 ha affidato alla Commissione Mercato Unico, Attività produttive e Consumatori, il compito di redigere un *dossier* informativo sul sovraindebitamento e di procedere all'introduzione, dopo l'analisi delle differenti normative nazionali, di un'unica definizione di sovraindebitamento da cui partire per i successivi interventi regolatori; in argomento v. M. Capelli, *Lo status del fideiussore sovraindebitato: professionista o consumatore?*, in C. Cracolici, A. Cur-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

occorre soffermarsi su una serie di aspetti, in particolare sulla differenza rispetto alla nozione contenuta nella normativa precedente, sullo stato di crisi o di insolvenza quali presupposti per l'accesso alle procedure di composizione da sovraindebitamento e infine sulle categorie di soggetti che possono accedervi.

Per quanto concerne il confronto con la normativa precedente, la l. n. 3/2012 ha introdotto nell'ordinamento nazionale la nozione di sovraindebitamento definendolo come «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente». Il sovraindebitamento era definito quindi come il contemporaneo squilibrio di natura: patrimoniale, ossia tra le obbligazioni assunte in rapporto al patrimonio del debitore; e finanziaria che riguarda la definitiva incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni[6].

Il Codice, invece, provvede a una completa riformulazione di tale nozione, limitandosi a definirlo come lo stato di crisi o di insolvenza, i quali costituiscono i presupposti per l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, la cui definizione è rimandata all'art. 2, comma 1, lett. *a*) e *b*) del d.lgs. n. 14/2019. Ciò che si evince in entrambe le definizioni, è che il sovraindebitamento si configura come una situazione di disagio economico che determina a sua volta la difficoltà di far fronte alle obbligazioni (stato di crisi) o la definitiva incapacità di adempierle regolarmente (stato di insolvenza). La precedente formulazione invece non faceva espresso riferimento allo stato di crisi o di insolvenza, ma li definiva indirettamente[7]. Di conseguenza la mancata qualificazione del sovraindebitamento come lo stato di crisi o di insolvenza è ascrivibile all'assenza della nozione

letti, B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi di impresa*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 112-115.

[6] B. Omegna, L. Quattrocchio, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento: l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano del consumatore*, in «Diritto ed economia dell'impresa», vol. 1, 2018, p. 155.

[7] F. Signorelli, *Start-up innovative: procedure da sovraindebitamento e codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in «Il nuovo diritto delle società», vol. 9, 2022, pp. 1616-1120.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di crisi nell'ordinamento nazionale[8], introdotta solo con il d.lgs. n. 14/2019. Il Codice, dunque, ha provveduto a colmare tale lacuna normativa, definendola come «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»[9]. Si configura cioè come quello stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza[10]. Di conseguenza, con l'introduzione di una nozione di crisi è stato eliminato qualunque rischio di ricondurla allo stato di insolvenza. In tale ambito, il Codice ha ripreso integralmente il contenuto della precedente normativa, la quale ai sensi dell'art. 5 del r.d. n. 267/1942, ha definito l'insolvenza come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Se in caso di crisi, il soggetto non è ancora insolvente, sebbene la precaria condizione finanziaria renda probabile l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; nel caso dell'insolvenza, il debitore invece non può soddisfare definitivamente le proprie obbligazioni. Il Codice in tal modo fissa dei principi all'interno del più ampio settore della crisi di impresa.

Dalla nozione di cui all'art. 2, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 14/2019, si deduce dunque che lo stato di crisi o di insolvenza costituiscono i presupposti oggettivi[11] per l'accesso alle procedure di

[8] Non introdotta né dal r.d. n. 267/1942 né dalla l. n. 3/2012.

[9] Il testo pubblicato in G.U. definiva la crisi come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che si manifestava per le imprese con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici di far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Il solo riferimento alle imprese escludeva tutte le altre categorie di soggetti che avrebbero potuto ricorrere al sovraindebitamento. Pertanto, il decreto legislativo n. 83 del 17 giugno 2022 ha provveduto alla modifica, eliminando l'esclusivo riferimento alle imprese; sul punto, si v. F. Signorelli, *op. cit.*, p. 1616.

[10] L. Scipione, *La liquidazione controllata del sovraindebitamento nel Codice della crisi. Aspetti procedimentali e profili applicativi*, in «Innovazione e diritto», vol. 1, 2023, p. 42.

[11] Il Codice ha introdotto il concetto di probabilità della crisi (pre-crisi) che si configura come la situazione in cui versa l'imprenditore, commerciale e agricolo, «quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa». Pertanto, costituisce un ulteriore stato di difficoltà

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

sovraindebitamento[12]. Tuttavia, l'attivazione delle stesse è esclusiva prerogativa di determinate categorie di soggetti.

2. *I soggetti sovraindebitati: il consumatore*

Nella nozione di sovraindebitamento, il Codice ha citato espressamente i soggetti sovraindebitati, che costituiscono quella categoria di debitori ai quali è riservato l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento[13], tra questi il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore[14], l'imprenditore agricolo e le *start-up* innovative[15]. Tuttavia, l'accesso risulta riservato «ad ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza». Ne consegue che nella categoria dei soggetti sovraindebitati

del debitore che consente l'attivazione della composizione negoziata.

[12] A. Lolli, M. Paolucci, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in «Il nuovo diritto delle società», vol. 7, 2020, p. 932.

[13] Nella nozione di sovraindebitamento contenuta nella l. n. 3/2012 non erano citati i soggetti sovraindebitati.

[14] L'imprenditore minore deve presentare congiuntamente tali requisiti, ossia avere: un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a trecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; un ammontare di debiti anche non scaduti non superiori a cinquecentomila euro.

[15] L'art. 31, comma 1, del decreto-legge n. 179 del 18 ottobre 2012 (decreto Crescita *bis*) precisa che non è soggetta a procedure concorsuali diverse dal sovra-indebitamento, e non è quindi fallibile, la *start-up* innovativa iscritta ininterrottamente per cinque anni nell'apposita sezione del registro delle imprese, nel caso di crisi o insolvenza. Il beneficio opera esclusivamente in presenza della qualifica di *start-up* innovativa e per un determinato periodo temporale, ovvero i primi cinque anni di attività dell'impresa a partire dalla costituzione. Il motivo dell'esenzione dalle procedure concorsuali, diverse dal sovraindebitamento, risiede nel particolare oggetto sociale di tali società; cfr. G. Nardecchia, *Profili di diritto fallimentare*, in O. Cagnasso, A. Mambriani (a cura di), *Start up e p.m.i. innovative*, Dottrina Casi Sistemi, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 951.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sono compresi tutti coloro che non possono accedere alle procedure concorsuali maggiori quali il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la liquidazione giudiziale[16].

Il Codice, inoltre, nell'ambito del processo di riforma della disciplina, ha introdotto una nuova nozione di consumatore, qualificandolo, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *e*), del d.lgs. n. 14/2019, come la persona fisica che agisce «per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, per i debiti estranei a quelli sociali». Tale definizione risulta corrispondente a quella contenuta nell'art. 3 del decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005 (codice del consumo)[17], con l'unica differenza che il CCII ha deciso di estendere la nozione di consumatore anche alla persona fisica che sia contemporaneamente socia di alcune società, a condizione che il suo sovraindebitamento riguardi esclusivamente i debiti strettamente personali[18]; mentre nel codice del consumo solo la persona fisica può essere qualificata come consumatore. La nozione introdotta dal CCII, dunque, risulta completamente differente da quella presente nell'art. 6 della l. n. 3/2012, in quanto definiva il consumatore come «il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»[19]. Quest'ultima aveva carattere restrittivo, in quanto escludeva tutti i soggetti che registravano, nella propria situazione debitoria, anche passività derivanti dall'attività imprenditoriale o professionale[20]. Pertanto, solo se l'obbligazione era esclusivamente personale, il soggetto era considerato come consuma-

[16] Tra i debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale, sono compresi gli enti privati non commerciali, come i comitati, le associazioni, le fondazioni e tutti gli altri enti privati rientranti nel terzo settore, ai quali il CCII nella nozione non fa alcun riferimento; in argomento v. L. Scipione, *op. cit.*, pp. 39-40.

[17] R. Caterina, *La nozione di consumatore*, in C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento*, cit., pp. 105-107.

[18] A. Lolli, M. Paolucci, *op. cit.*, p. 934.

[19] Il testo della l. n. 3/2012 pubblicato in G.U. non conteneva nessuna nozione di consumatore, successivamente il d.l. n. 179/2012 ha inserito tale definizione.

[20] V. Baroncini, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel Codice della crisi*, in «Il fallimentarista», 2019, pp. 2-4.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

tore[21]. Per cercare di colmare tale lacuna, la Corte di Cassazione con la sentenza del 1° febbraio 2016, n. 1869, è intervenuta sul tema, precisando che dalla nozione di consumatore, contenuta nella l. n. 3/2012, non fossero esclusi coloro che esercitino o abbiano esercitato attività di impresa o professionale, purché al momento della presentazione del piano non residuino obbligazioni assunte nell'esercizio di tali attività. Pertanto, il CCII, in conformità con la sentenza della Cassazione n. 1869/2016, provvede a una completa riformulazione di tale nozione, considerando come consumatore anche chi presenti, nella propria situazione debitoria, obbligazioni non aventi carattere personale o familiare[22]. Pertanto, sono qualificabili come consumatori anche le persone fisiche che siano soci di una società in nome collettivo, in accomandita semplice o in accomandita per azioni, che possono però accedere al piano di ristrutturazione esclusivamente «per i debiti estranei a quelli sociali».

Anche la sentenza del Tribunale di Napoli del 20 novembre 2020, n. 7823, si è espressa a favore di tale estensione, in particolare precisando che deve essere riconosciuta la qualifica di consumatore non solo a colui che non ha mai svolto l'attività di imprenditore, ma anche a colui che svolge l'attività di impresa, come il socio di una delle suddette categorie di impresa, che voglia regolare con il piano solo i debiti relativi al soddisfacimento di interessi personali. Infine, precisa che deve esserne consentito il ricorso anche a colui che non svolge più l'attività di impresa ma voglia regolare con il piano sia debiti inerenti alla pregressa attività economica sia debiti personali[23]. In generale, la nozione di consumatore è stata oggetto di ulteriori pronunce giurisprudenziali che, pur partendo da una definizione piuttosto ampia contenuta nel CCII, valutano la possibilità di includere in essa ulteriori categorie di soggetti. Pertanto, i debitori destinatari delle procedure da sovraindebitamento rappresentano una categoria piuttosto eterogenea, a tal fine sono definite delle condizioni ostative che, in conformità dell'art. 69 e dall'art. 282 del d.lgs. n. 14/2019, non con-

[21] G. Limitone, *Le condizioni soggettive ostative. Il nuovo concetto di "meritevolezza"*, in C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento*, cit., p. 128.

[22] V. Baroncini, *op. cit.*, pp. 2-4.

[23] M. Peta, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore ammissibilità dei debiti dell'imprenditore cessato: relazione di "esclusività"*, in «Diritto della crisi», 2023, p. 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sentono l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, qualora il debitore abbia determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

3. *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento riservate al consumatore*

Come si è detto, le procedure di composizione da sovraindebitamento sono degli strumenti di regolazione dello stato di crisi o di insolvenza rivolte esclusivamente ai debitori di cui all'art. 2, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 14/2019. Il CCII individua tre procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in particolare il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore e la liquidazione controllata, che hanno rispettivamente sostituito il piano del consumatore, l'accordo di composizione della crisi e la liquidazione del patrimonio, disciplinati dalla l. n. 3/2012. Pertanto, pur riprendendo la tripartizione delle soluzioni adottate dalla normativa precedente, sono apportate una serie di modifiche, innanzitutto rispetto alla loro denominazione.

Alla l. n. 3/2012 si deve l'introduzione delle procedure concorsuali riservate ai soggetti non fallibili; tuttavia, occorre specificare che il testo pubblicato in G.U. non conteneva regole speciali per la composizione del sovraindebitamento dei consumatori. Il d.l. n. 179/2012 ha quindi provveduto ad integrarne il contenuto, definendo la procedura del piano del consumatore[24]. Pertanto, il decreto Crescita *bis* non si è limitato a introdurre una nozione di consumatore ma ha anche provveduto a trasformarlo in un soggetto destinatario di un'apposita procedura per la risoluzione della crisi da sovraindebitamento.

In particolare, il piano di ristrutturazione dei debiti garantisce la composizione delle situazioni debitorie non riconducibili a scopi imprenditoriali o professionali[25]. Quest'ultima costituisce una procedura di esclusiva attivazione del consumatore, pertanto ne sono esclusi tutti

[24] Prima della modifica, era consentito a tutti i debitori sovraindebitati l'accesso al piano di ristrutturazione dei debiti; in argomento v. F. Signorelli, *op. cit.*, p. 1610.

[25] F. Salerno, *La rilevanza dei profili soggettivi della condotta nella composizione del sovraindebitamento del consumatore*, in «Giurisprudenza commentata», vol. 5, 2022, p. 882.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

gli altri debitori sovraindebitati. Ciò si evince dalla stessa denominazione della procedura, ovvero «ristrutturazione dei debiti del consumatore», ma anche dall'art. 67 del d.lgs. n. 14/2019, che nel definire tale procedura, si riferisce esclusivamente al «consumatore sovraindebitato». Dunque, questi espliciti riferimenti escludono qualunque dubbio circa la possibilità d'accesso degli altri debitori di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 14/2019[26]. Ne consegue che il debitore per l'accesso al piano deve essere necessariamente un consumatore (presupposto soggettivo) e versare in uno stato di sovraindebitamento (presupposto oggettivo). Con tale procedura, il consumatore può proporre ai creditori, ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 14/2019, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi (OCC)[27], un accordo di ristrutturazione dei debiti che indichi in modo specifico tempi e modalità per superare il sovraindebitamento. Per l'omologazione del piano non è richiesta la preventiva approvazione da parte dei creditori, in tal modo il consumatore si sottrae al loro giudizio, sottoponendosi unicamente alla valutazione del giudice[28]. Ciò costituisce un'importante agevolazione per i consumatori, che risulta però bilanciata dalla sussistenza del requisito della meritevolezza. In particolare, ai fini dell'accesso al piano, occorre verificare che il debitore non abbia provocato la situazione di sovraindebitamento, in conformità dell'art. 69 del d.lgs. n. 14/2019[29].

Inoltre, il consumatore sovraindebitato può anche, con l'assistenza dell'OCC, domandare l'apertura di una procedura di liquidazione controllata dei suoi beni[30], ai sensi dell'art. 268 del d.lgs. n. 14/2019[31].

[26] La l. n. 3/2012, pur individuando una procedura riservata al consumatore, consentiva l'accesso a tutte e tre le procedure; nonché F. Pirozzi, *La disciplina del sovraindebitamento, alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, tra passato e futuro*, in «Innovazione e diritto», vol. 4, 2019, p. 30.

[27] Nel corso delle procedure di sovraindebitamento i compiti del commissario e del liquidatore sono svolti dall'OCC ossia soggetti pubblici a cui è stabilmente destinata l'erogazione del servizio di gestione della crisi da sovraindebitamento che consiste, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *e*), del decreto ministeriale n. 202 del 24 settembre 2014, nella gestione «dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore».

[28] Art. 70 del d.lgs. n. 14/2019.

[29] Il consumatore inoltre non può accedere al piano se è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda o ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte.

[30] L. Scipione, *op. cit.*, p. 44.

[31] Con il CCII i termini fallimento e fallito sono stati completamente sostituiti,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Tale procedura è finalizzata alla liquidazione del patrimonio di tutti i soggetti sovraindebitati, pertanto, si configura come uno strumento semplificato rispetto alla liquidazione giudiziale.

Infine, il consumatore è l'unico tra i soggetti sovraindebitati a cui è precluso l'accesso alla procedura di concordato minore infatti l'art. 74 del d.lgs. n. 14/2019 precisa che tutti i debitori sovraindebitati «escluso il consumatore, possono formulare ai creditori una proposta di concordato minore, quando consente di proseguire l'attività imprenditoriale o professionale». Con il concordato minore, i debitori possono formulare ai creditori una proposta di concordato, solo se ciò consente di proseguire l'attività imprenditoriale o professionale. Tale precisazione, dunque, legittima l'esclusione del consumatore, in quanto il concordato è presentato solo se consente la continuazione dell'attività imprenditoriale e professionale, mentre il consumatore è colui che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. *e*) del d.lgs. n. 14/2019, agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale. Il debitore non consumatore, in questo caso, assistito da un OCC, può proporre ai creditori un accordo per la composizione della crisi, che però deve essere approvato dai creditori, a differenza del piano di ristrutturazione dei debiti. Ne consegue che l'accesso a tale procedura per il consumatore risulterebbe meno conveniente in quanto sottoposto al consenso dei creditori[32], che di fatto nella procedura a loro riservata è escluso.

Pertanto, le uniche procedure alle quali può accedere il consumatore sono il piano di ristrutturazione dei debiti, di sua esclusiva attivazione, e la liquidazione controllata alla quale invece possono ricorrere tutti i soggetti sovraindebitati.

4. *L'esdebitazione del soggetto sovraindebitato*

Oltre alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, i soggetti sovraindebitati possono accedere all'esdebitazione

ai sensi dell'art. 349 del d.lgs. n. 14/2019 «con le espressioni liquidazione giudiziale, procedura di liquidazione giudiziale e debitore assoggettato a liquidazione giudiziale».

[32] Il concordato minore è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

che consente la liberazione dai debiti e l'inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti[33], nell'ambito di una procedura che prevede la liquidazione dei beni[34].

L'accesso all'esdebitazione è concesso ad ogni debitore di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14/2019 nei confronti dei quali sia stata avviata la liquidazione giudiziale o controllata. Si registra dunque il progressivo ampliamento dei soggetti che possono ricorrere a tale procedura, in quanto la normativa precedente ne riservava l'accesso ai soli imprenditori individuali e alle persone fisiche. Tuttavia, il ricorso a tale procedura risulta subordinato al rispetto delle condizioni di meritevolezza. Pertanto, l'esdebitazione, oltre a non operare nelle ipotesi previste dall'art. 280 del d.lgs. n. 14/2019[35], non può essere attivata qualora il debitore abbia determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode[36]. Insomma, come nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, la volontà del Legislatore di permettere al debitore di uscire dalla crisi è bilanciata dalla necessità di consentire l'accesso solo ai soggetti non responsabili della propria situazione di difficoltà[37].

A differenza di tutti gli altri debitori, i soggetti sovraindebitati possono ricorrere all'esdebitazione di diritto. In particolare, per le sole procedure di liquidazione controllata, l'esdebitazione opera di diritto a seguito del provvedimento di chiusura o anteriormente, o

[33] Art. 278 del d.lgs. n. 14/2019.

[34] F. Pirozzi, *op. cit.*, pp. 30-33.

[35] Il debitore è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti a condizione che: non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa; non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura e abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il suo buon andamento; non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione; non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte.

[36] Spetta al Tribunale dichiarare, con provvedimento, l'impossibilità di accesso alla procedura, che deve poi comunicarlo al p.m., ai creditori e al debitore, i quali possono presentare un reclamo entro trenta giorni.

[37] A. Lolli, M. Paolucci, *op. cit.*, p. 954.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

comunque decorsi tre anni dalla sua apertura, ed è dichiarata con decreto motivato del Tribunale, iscritto al registro delle imprese su richiesta del cancelliere[38].

Il Codice infine ha concesso ai soli debitori sovraindebitati meritevoli di ottenere il beneficio dell'esdebitazione anche quando essi non siano in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura[39]. L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente consente la liberazione dei debiti a coloro che non avrebbero alcuna prospettiva di superare lo stato di sovraindebitamento. Il debitore può però accedervi una sola volta. La domanda di esdebitazione è presentata tramite l'OCC al giudice competente che assunte le informazioni ritenute utili, valuta la meritevolezza del debitore e verifica l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione del sovraindebitamento; concede poi con decreto l'esdebitazione, occupandosi di comunicarlo al debitore e ai creditori. Con tale procedura, il debitore, pur liberandosi dei debiti, è obbligato al pagamento degli stessi entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore complessivamente al dieci per cento.

5. *Osservazioni conclusive*

La revisione della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento, in conformità alla legge delega n. 155/2017, deriva dalla necessità di armonizzarla con le modifiche che il Governo intendeva apportare alle procedure di regolamentazione dell'insolvenza e della crisi di impresa, in un quadro di rivisitazione sistematica dell'intera disciplina, ritenuta frammentaria e disorganica. Nel CCII dunque si provvede parallelamente con la semplificazione della disciplina in materia di sovraindebitamento, alla riforma dell'intera disciplina

[38] Ai sensi dell'art. 282 del d.lgs. n. 14/2019, il decreto che dichiara l'esdebitazione è pubblicato sul sito *web* del Tribunale o del Ministero della giustizia.

[39] Nessuna novità si registra in materia di esdebitazione del sovraindebitato incapiente, infatti l'art. 283 del d.lgs. n. 14/2019 è esattamente coincidente con l'art. 14 *quaterdecies* della l. n. 3/2012.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

della crisi e dell'insolvenza dei debitori. Tra l'altro, anche dalle istituzioni europee provenivano continue sollecitazioni per una ridefinizione complessiva della materia concorsuale, tra queste ad esempio: la raccomandazione della Commissione n. 135 del 12 marzo 2014 volta a garantire alle imprese in difficoltà finanziarie un quadro nazionale in materia di insolvenza che avrebbe consentito di ristrutturarsi in una fase precoce; e il reg. UE n. 848 del 20 maggio 2015 che definisce l'efficienza e l'efficacia delle procedure di insolvenza necessarie per il buon funzionamento del mercato interno. Pertanto, il CCII, influenzato anche dalle spinte provenienti a livello comunitario, ha provveduto alla completa riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza, introducendo una serie di principi generali, quali la nozione di crisi e di insolvenza, destinati ad operare come punti di riferimento per le diverse procedure. Tra l'altro il CCII, nell'ambito del processo di riforma della disciplina del sovraindebitamento, si è concentrato soprattutto sulla categoria dei consumatori, partendo in tal caso dalla modifica della nozione stessa. Tale processo, dunque, in conformità con la pronuncia della Cassazione, sentenza n. 1869/2016, ha finito per ampliare i soggetti rientranti in tale categoria, includendo anche coloro che esercitino o abbiano esercitato attività di impresa o professionale, purché ricorrano al piano «per i debiti estranei a quelli sociali». Inoltre, il Codice trasforma i consumatori negli unici soggetti sovraindebitati ai quali sia dedicata esclusivamente una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, al fine di sottrarli dal consenso dei creditori.

Dalla rinnovata nozione di consumatore sono derivati numerosi dubbi circa i soggetti che potessero effettivamente ricorrere al piano di ristrutturazione dei debiti. Il problema riguarda soprattutto la possibilità di accesso al piano per i debiti promiscui, ossia derivanti da obbligazioni aventi carattere sia personale o familiare, sia imprenditoriale o professionale[40]. Il Tribunale di Napoli nella sentenza n. 7823/2020, affronta, oltre che il tema della qualifica di consumatore, anche l'ammissibilità al piano di un soggetto che con lo stesso intende ristrutturare non soltanto debiti di natura personale e familiare, ma anche quelli riferibili ad attività imprenditoriali e professionali svolte

[40] V. Baroncini, *op. cit.*, p. 2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

in precedenza, ma cessate. In questo caso, il Tribunale, in conformità alla sentenza della Cassazione n. 1869/2016, ritiene che il consumatore con indebitamento promiscuo (consumeristico e non) possa accedere al piano del consumatore, purché lo stesso non rivesta più la qualità di imprenditore[41].

Il tema ha diviso la giurisprudenza, infatti, attualmente non risulta un'interpretazione univoca; ad esempio, il Tribunale di Reggio Emilia nella sentenza del 20 ottobre 2022, n. 28123, ha ritenuto ammissibile il piano del consumatore per la ristrutturazione di debiti non-consumeristici, quando questi ultimi, ancorché attuali, non siano prevalenti rispetto ai debiti consumeristici. Un'ulteriore interpretazione invece introduce il principio di attualità, ossia riconosce che il piano può includere anche debiti derivanti dalla pregressa attività imprenditoriale o professionale, purché gli stessi non siano più attuali[42]. Tuttavia, una tesi ricorrente è di garantire l'ammissibilità al piano del consumatore anche se, al momento del deposito della domanda di omologazione, sussistono debiti riferibili all'attività imprenditoriale o professionale del soggetto, purché gli stessi restino al di fuori del piano[43].

La riforma introdotta dal CCII dunque ha risolto alcune criticità presenti nella l. n. 3/2012, ad esempio scegliendo di ampliare la nozione di consumatore, risolvendo in parte il dubbio interpretativo legato alla soggezione alle procedure del socio illimitatamente responsabile, ammettendolo al piano di ristrutturazione esclusivamente per i debiti di carattere personale. Per quanto concerne invece l'ammissibilità al piano dei debiti promiscui rimane ancora una questione aperta, tenuto conto del silenzio del CCII e delle differenti interpretazioni giurisprudenziali.

[41] C. Ravina, *L'indebitamento "promiscuo" dà accesso alla ristrutturazione dei debiti del consumatore?*, in «Il fallimentarista», 2023, pp. 3-5.

[42] Trib. Spoleto, 23 dicembre 2022, n. 28580 e Trib. Caltanissetta, 1° giugno 2022, n. 28591.

[43] Trib. Grosseto, 22 giugno 2021, n. 26474 e Trib. Bologna, 25 novembre 2022, n. 28436.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Federica Giaccio

Lo Spazio europeo: ESA ed EUSPA, strategie astropolitiche per l'Europa

Sommario: 1. Lo Spazio visto dall'Europa: Italia, Francia e la nascita dell'ESA. – 2. New Space: quale ruolo per l'Europa? – 3. ESA ed EUSPA: *safe management* dei programmi spaziali europei. – 4. Iris²: opportunità strategica per l'Europa.

1. *Lo Spazio visto dall'Europa: Italia, Francia e la nascita dell'ESA*

Gli esiti della Seconda guerra mondiale calarono definitivamente il sipario sul teatro europeo, già in crisi dalla Grande Guerra, aprendo le porte a due potenze che per mezzo secolo hanno tentato di contendersi il mondo, sfociando in quella che è stata definita "Guerra Fredda".

L'Europa, frammentata e divisa vide, però – all'inizio degli anni '50 – necessaria un'organizzazione «per il mantenimento di relazioni pacifiche»[1] e, simultaneamente al costituirsi delle comunità europee, nacque un sentimento di cooperazione sia in ambito politico che economico che si rifletté anche sul campo scientifico, corroborando il senso di collaborazione e sostegno reciproco per un sempre più ampio spettro di ricerca scientifica, non tralasciando l'ambito delle scienze spaziali[2].

[1] Dichiarazione del ministro degli Esteri francese Robert Schuman del 9 maggio 1950, in european-union.europa.eu, disponibile *online* all'indirizzo *https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it*.

Per approfondimenti, si vedano inoltre G. Laschi, *Storia dell'integrazione europea*, Le Monnier Università, Firenze 2021 e E. Calandri, M.E. Guasconi e R. Ranieri, *Storia politica e economica dell'integrazione europea. Dal 1945 ad oggi*, Edises, Napoli 2015.

[2] Per maggiori approfondimenti sulla questione dell'Europa e la *space diplomacy*, si rimanda a: F. Giaccio, *L'Italia e la Space Diplomacy: le lettere di Amaldi*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Degni di particolare analisi sono i programmi spaziali italiani e francesi, i primi in ambito europeo. L'Italia presenta una storia interessante e significativa nell'esplorazione spaziale, che ha visto il paese contribuire a missioni, sviluppare satelliti e giocare un ruolo cruciale nel programma spaziale europeo. Nomi come Giulio Costanzi[3] e Gaetano Arturo Crocco[4], ad esempio, hanno aperto le porte alla ricerca aeronautica ed aerospaziale in Italia, ponendola di fatto tra le prime potenze spaziali europee, affiancando la Russia, tra i primi Paesi a sviluppare tecnologie spaziali, nella ricerca scientifica.

Già a partire dal 1914, Costanzi ipotizzò l'utilizzo dell'energia nucleare per risolvere i problemi del volo spaziale, indagando anche gli aspetti di un ipotetico viaggio di andata e ritorno sulla Luna ma, a causa delle congiunture storiche, i suoi studi virarono verso l'aspetto militare e alla produzione di razzi a propellente solido[5].

Le ricerche spaziali italiane subirono, al tramonto della Seconda guerra mondiale, una battuta d'arresto dovuta alle clausole del Trattato di pace di Parigi[6], per poi riprendere a cavallo tra gli anni '50 e gli anni '60 grazie alla nuova rivoluzione industriale che investì il Paese.

Il primo programma spaziale italiano, in collaborazione con la NASA, che fornì il razzo vettore per la messa in orbita, portava il nome di "San Marco" ed il gruppo di lavoro era capitanato da Luigi Broglio[7]. L'accordo USA-Italia venne raggiunto nel settembre 1962

e la nascita dei programmi spaziali europei, in *Annali del Dipartimento di Scienze Politiche 2022*, Napoli, ESI, 2023.

[3] Giulio Costanzi (Contigliano 25 aprile 1875 - Roma 28 agosto 1965) fu generale e ingegnere civile italiano che si dedicò agli studi aeronautici dal 1910 pubblicando quattro anni dopo un articolo sulla navigazione spaziale in cui propose la propulsione nucleare per i razzi, primo contributo italiano allo studio del volo spaziale.

[4] Gaetano Arturo Crocco (Napoli, 26 ottobre 1877 - Roma, 19 gennaio 1968) fu ufficiale e ingegnere aeronautico, pioniere nel settore aeronautico e spaziale.

[5] F. Giaccio, *ivi,* p. 434.

[6] L'articolo 51 della IV parte del Trattato di Pace di Parigi, precisava che l'Italia non potesse sperimentare o costruire armi atomiche o alcun tipo di missile; ciò provocò una notevole "fuga di cervelli", facendo venir meno gli investimenti nella ricerca spaziale temendo un possibile utilizzo degli stessi nella guerra atomica. Il trattato è disponibile *online* all'indirizzo *https://documenti.camera.it/_dati/Costituente/lavori/DDL/23.pdf*. In particolare, l'articolo 51 è consultabile a p. 38.

[7] Luigi Broglio (Mestre 11 novembre 1911 - Roma 14 gennaio 2001) ingegnere e militare italiano, considerato il padre dell'astronautica italiana.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ed il progetto vide la luce il 15 dicembre 1964: l'Italia era finalmente nello spazio, diventando quarta forza spaziale dell'epoca.

Nel 1962, l'Italia entrò a far parte del Consorzio per la Ricerca Spaziale (CERS), un'organizzazione internazionale che aveva lo scopo di promuovere la cooperazione spaziale.

Le attività di ricerca in campo astronautico ed aerospaziale continuarono e, nel 1988, il governo italiano decise di consolidare i suoi sforzi creando un'agenzia nazionale dedicata, battezzata ASI (Agenzia Spaziale Italiana) i cui compiti erano dedicati ai progetti spaziali scientifici ed applicativi.

Analogamente, anche la Francia intraprese il suo viaggio tra le stelle nello stesso decennio che coinvolse l'Italia, condensando però gli sforzi nazionali già dai primi vagiti del programma spaziale, fondando l'Agenzia Spaziale Francese (CNES) nel 1961, agenzia fortemente voluta dal presidente De Gaulle guidato dallo spirito di *grandeur*, classicamente francese, e dalla volontà di non dipendere dagli Stati Uniti e dalla NATO per la sua sicurezza.

Il primo satellite francese in orbita, l'Asterix-1, venne lanciato il 26 novembre 1965 e decretò la Francia come quinto attore spaziale nel corso della Guerra Fredda, divenendo di fatto la terza potenza spaziale[8].

L'Italia ha inoltre giocato un ruolo fondamentale nella nascita della *space diplomacy*[9] per emanciparsi sempre di più dalla NASA, volontà appoggiata fortemente dalla Francia: il 14 dicembre 1959 fu approvata la creazione di un'Organizzazione Europea delle Ricerche Spaziali (effettivamente attiva nel 1964), che prese il nome di ESRO e dell'*European Launcher Development Organization* (ELDO)[10]. Gli sforzi di ricerca delle due organizzazioni vennero poi condensate nel 1975 nell'Agenzia Spaziale Europea (ESA) e, combinando le competenze, fu possibile orientare la ricerca scientifica anche sulla creazione di razzi vettori,

[8] Sebbene l'Italia e il Canada avessero lanciato i loro satelliti prima della Francia, non risultano essere potenze in quanto furono supportati dagli Stati Uniti per la fornitura dei vettori. Il satellite Asterix-1, venne lanciato grazie ad un vettore di fattura francese, il Diamant.

[9] Sul punto si veda infra § 2.

[10] J. Kriege, A. Russo, A *history of the European Space Agency 1958-1987*, Vol I, Noordwijk, 2000.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dando la possibilità all'Europa di incunearsi ufficialmente nell'arena spaziale e di iniziare una politica spaziale europea coordinata.

Tra gli anni '80 e '90, infatti, l'ESA sviluppò e implementò diversi programmi spaziali di successo, inclusi il programma Ariane per i lanciatori e missioni scientifiche come Giotto, che studiò la cometa di Halley.

Ariane 1 fu il primo lanciatore europeo indipendente con licenza completa, assicurando all'Europa la capacità di portare avanti il programma spaziale, sfidando con successo il dominio degli Stati Uniti nel settore dei lanci[11].

Nel corso degli anni, l'ESA ha continuato a crescere e ad ampliare il suo coinvolgimento in varie iniziative spaziali, compresa la costruzione della Stazione Spaziale Internazionale (ISS), contando tra i partner anche membri non appartenenti all'Unione europea – come Svizzera, Regno Unito e Norvegia – ampliando la sua portata e il suo impatto – anche diplomatico – nell'arena spaziale.

2. New Space*: quale ruolo per l'Europa?*

Di particolare attenzione, è l'analisi dell'utilizzo dello spazio nell'ultimo trentennio: l'*Outer Space* ha assunto un particolare valore non solo dal punto di vista della ricerca tecnologica e scientifica, ma anche sotto il profilo economico, dando origine alla cosiddetta *New Space Economy*[12]. Le potenzialità commerciali dello sfruttamento di risorse spaziali funzioneranno sempre più da catalizzatore per l'interesse delle imprese che vogliano affrontare questa "nuova corsa allo spazio".

[11] J. Krige, A. Russo, *A history of the European space agency 1958-1987 (Vol. I* e *Vol II)*, Aprile 2000, disponibili *online* agli indirizzi *http://www.esa.int/esapub/sp/sp1235/sp1235v1web.pdf* e *http://www.esa.int/esapub/sp/sp1235/.sp1235v2web.pdf*; C. Al-Ekabi, e P. Mastorakis, *The evolution of Europe's launcher and flagship space initiative*, In C. Al-Ekabi (Ed.), *European autonomy in space* (pp. 1-48), 2015.

[12] A. De Neve, *Un "New Space"… pas si neuf*, in *Diplomatie - affaires stratégiques et relations internationales*, N. 58, 2020; Aa.Vv., *The Space Economy in Figures: How Space Contributes to the Global Economy*, Paris, 2019; N. Cedola, *Realtà e prospettive di utilizzazione dello spazio cosmico*, in F. Francioni, F. Pocar (a cura di), *Il regime internazionale dello spazio*, Milano, 1993; Space economy *e innovazione. La nuova frontiera dell'economia oltre l'atmosfera terrestre*, disponibile *online* all'indirizzo *www.asi.it/space-economy/*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nel XX secolo, i governi hanno finanziato le attività spaziali *in primis* per avere un peso geopolitico, oltre che per supportare una propria politica industriale e per sostenere una ricerca scientifica fertile; al di là degli aspetti strategici dell'uso dei satelliti lanciati nell'orbita terrestre durante la Guerra Fredda, la loro messa in orbita permise lo sviluppo di un'industria di servizi che chiudeva la catena del valore.

Sempre più aspetti della nostra vita quotidiana sono legati al settore spaziale (si pensi ai dati satellitari di cui usufruiamo per la navigazione o al settore delle telecomunicazioni) e la *New Space Economy* corrisponde a quella parte dell'economia orientata alla crescita, sviluppo e gestione di tutti gli strumenti, infrastrutture e tecniche per la gestione e l'utilizzo dello spazio cosmico, rappresentando un volàno per l'industria dell'innovazione, andando oltre i confini dello spazio in senso stretto[13].

L'Europa concorre al podio dei principali attori della *New Space* – ad esclusione degli attori privati – disponendo sia del *know-how* che delle capacità industriali competitive[14] e di agenzie coordinate come l'ESA, che consente l'accesso ai propri centri di ricerca a *start-up* ed industrie, al fine di favorire la competitività industriale nel settore spaziale europeo[15].

È innegabile che le imprese spaziali europee stiano partecipando a consorzi e progetti internazionali, collaborando con altre aziende e organizzazioni in tutto il mondo, per affrontare sfide globali e promuovere lo sviluppo di soluzioni innovative. Al momento, l'Europa occupa il secondo posto al mondo per il budget più alto destinato allo spazio, consentendole di partecipare alla crescita attiva della *New Space Economy*.

Tuttavia, uno dei punti di debolezza dell'Europa in ambito spaziale, è proprio legato all'organizzazione industriale *in place*, basata su *partnership* con le varie agenzie spaziali presenti sul territorio continentale[16], frammentazione che sembra poco adatta all'attuale assetto

[13] R. Jakhu, *The Effect of Globalisation on Space Law*, in S. Hobe (ed.), *Globalisation: The State and International Law*, Stuttgart, 2009.

[14] R. Mauro, *La frontiera della* space economy, in *Pandora Rivista*, 21 maggio 2021.

[15] ESA, *Agenda 2025. Più Spazio per l'Europa*, disponibile *online* all'indirizzo *www.asi.it/wp- content/uploads/2021/05/ESA-Agenda-2025-final_IT .pdf*.

[16] Oltre all'Agenzia Spaziale Europea, in Europa si contano agenzie spaziali nazionali come ASI, CNES, INTA ecc); si veda A. Dupas, *Une nouvelle "course à l'espace"?,* in *Diplomatie - affaires stratégiques et relations internationales*, n. 58, 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

economico spaziale, basato soprattutto sull'orbita LEO[17], sempre più abitata da satelliti e costellazioni di satelliti privati.

Oltre alla questione della frammentazione delle competenze europee in ambito spaziale, sulle quali si tornerà in seguito nel presente articolo, altro problema europeo riguarda il settore dei lanciatori[18], che non permette all'Europa di "emanciparsi" e di permettere un accesso indipendente[19], affidabile ed efficiente alle attività spaziali[20].

Nel quadro delle competenze congiunte tra Unione europea ed ESA, il 26 ottobre 2016, la Commissione Europea ha lanciato la "strategia spaziale dell'Unione europea", al fine di promuovere il ruolo di leader dell'Unione nello spazio, facendo riferimento proprio all'autonomia europea in materia spaziale[21].

L'Unione ha quindi lanciato tre programmi, che forniscono servizi alle autorità pubbliche, alle imprese ed ai suoi cittadini:

– Il programma GOVSATCOM[22], con l'obiettivo di fornire capacità di comunicazione sicure ed efficienti per missioni e operazioni cru-

[17] Low Earth Orbit: orbita Terrestre bassa; insieme di orbite terrestri comprese tra circa 200 e la prima fascia di Van Allen, a circa 2000 km di quota. Per maggiori informazioni è possibile consultare le linee guida per lo *Space Debris Mitigation* dell'IADC (Inter-Agency Space Debris Coordination Committee), diponibile *online* all'indirizzo *https://web.archive.org/web/20070610045709/http://www.iadc-online.org/docs_pub/IADC-101502.Mit.Guidelines.pdf*.

[18] Al momento, l'unica azienda che si occupa di produrre razzi vettori, è Arianespace, che ha gestito i lanci dei razzi Soyuz in una *joint venture* con Roscosmos per la messa in orbita di satelliti commerciali. La collaborazione è stata interrotta nel febbraio 2022, all'inizio dell'invasione russa dell'Ucraina, congiuntura storico-politica che ha portato ad un notevole calo dei lanci europei (passando dai 15 lanci del 2021 ai 5 lanci del 2022). Inevitabilmente, attori privati hanno preso il sopravvento – in particolare i lanciatori di SpaceX del Tycoon Elon Musk.

[19] Institut Montaigne, *Espace: Le réveil de l'Europe?*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.institutmontaigne.org/publications/espace-le-reveil-de-leurope*.

[20] Sul punto veda *https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/11/11/key-principles-for-the-global-space-economy-eu-council-adopts-conclusions/*.

[21] *Joint statement on shared vision and goals for the future of Europe in space by the European Union and the European Space Agency*, disponibile *online* all'indirizzo: *https://ec.europa.eu/docsroom/documents/19562/attachments/1/translations/en/renditions/native.*

[22] *Satellite Communication to Support EU Security Policies and Infrastructures*, Final Report, Luxembourg, 2016

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ciali per la *safety and security* gestite dall'Unione europea e dai suoi Stati membri, compresi attori della sicurezza nazionale e agenzie e istituzioni dell'UE[23]. L'obiettivo primario del programma è garantire non solo la sicurezza nelle telecomunicazioni, ma anche l'autonomia europea in questo settore.

– GALILEO, sistema di navigazione satellitare che offre una precisione superiore rispetto a quelli utilizzati dagli Stati non appartenenti all'Unione europea. Lanciato come uno dei primi programmi dell'UE, GALILEO è stato motivato da ragioni politiche, come dichiarazione di indipendenza nei confronti dei *Global Navigation Satellite System* (GNSS)[24], economiche, considerando la sua ampia adozione con circa un miliardo di utenti in tutto il mondo e tecnologiche, per dimostrare le capacità tecniche e scientifiche dell'Unione europea.
– COPERNICUS, un sistema di osservazione della Terra basato sul *remote sensing*, progettato per monitorare il pianeta a fini scientifici. La sua rilevanza è emersa durante crisi come gli incendi in Siberia e Amazzonia nel 2019, consolidando il ruolo di leadership dell'Europa nella gestione delle emergenze e confermando l'importanza di COPERNICUS nel fornire dati critici per la comprensione e la gestione di eventi ambientali globali.

È evidente, dunque, che l'Unione europea abbia le capacità materiali per avviare degli ottimi programmi diventando attore principale della *New Space*; risulta, però, necessaria una gestione più chiara e definita dei vari livelli di *governance* spaziale.

3. *ESA ed EUSPA:* safe management *dei programmi spaziali europei*

Il *framework* normativo che regola le attività spaziali[25] sembra essere obsoleto, poco idoneo a regolamentare le necessità del *New*

[23] GAVSATCOM, per maggiori informazioni si consulti il *report* disponibile *online* all'indirizzo *https://www.gsa.europa.eu/govsatcom.*

[24] D. Catalano Sgrosso, *Diritto internazionale dello spazio*, LoGisma Editore, Firenze, 2011, p. 456.

[25] Tra le principali fonti di diritto internazionale aerospaziale figurano l'*Outer Space Treaty* del 1967 ed altri quattro trattati stipulati fino al 1979, oltre a norme di carattere consuetudinario come il principio sulla libertà di esplorazione ed utilizzo dello spazio da parte di tutti gli Stati, oppure il principio di non appropriabilità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Space e regola in maniera estremamente marginale l'attività dei privati. In questo quadro di immobilismo giuridico in ambito spaziale, non privo dunque di lacune, a livello europeo già a partire dagli anni Sessanta, come già accennato nella parte introduttiva, è emersa la necessità di tentare di regolamentare il settore[26] impegnandosi a trovare un modo per assumere un ruolo di rilievo in un mercato caratterizzato «da costi elevati e altissimo rischio di fallimento»[27], praticamente inaccessibile ai singoli Stati europei.

Tra i primi tentativi di guidare l'azione degli Stati membri in linea con le altre politiche comunitarie, senza tuttavia compromettere la ripartizione originaria delle competenze contenuta nell'architettura dei Trattati, possiamo fare riferimento alle due risoluzioni del Parlamento europeo *"Partecipazione comunitaria alla ricerca spaziale" del 25.05.1979, GUCE, C 127/79 e "Politica spaziale dell'Europa" del 17.09.1981, GUCE, C 260/81*, oltre all'*Atto unico europeo* (AUE), che hanno introdotto un apposito titolo dedicato alla ricerca e allo sviluppo tecnologico. Quest'ultimo è stato successivamente modificato dal Trattato di Maastricht, senza effettuare alcun trasferimento di competenze, limitandosi quindi a prevedere un'azione complementare delle Istituzioni rispetto alle azioni di ricerca intraprese dai singoli Stati membri[28].

È bene ricordare che, sebbene il compito di sviluppare le potenzialità spaziali europee sia stato affidato all'ESA, negli anni '90 – come anche in questo momento – non tutti i Paesi membri delle Comunità europee facevano parte (e tutt'ora è così) dell'agenzia. Era quindi necessario rafforzare le sinergie con la neonata Comunità europea, nel rispetto delle rispettive sfere di competenza.

La crescente cooperazione tra ESA e UE, il cui dialogo istituzionale stava dando vita alla Politica spaziale europea, raggiunse il culmi-

[26] Al riguardo G.H. Reynolds, *International Space Law in Transformation: Some Observations*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6, N. 1, 2005; K.U. Schrogl, *Space Law: Current Problems and Perspectives for Future Regulation*, Utrecht, 2005. I seguenti riferimenti bibliografici fanno riferimento al contesto normativo antecedente al Trattato di Lisbona.

[27] M.E. De Maestri, *Commento all'art. 189 TFUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014.

[28] In modo analogo, anche F. Siniscalchi, nel *Commento all'articolo 189 TFUE*, ha sottolineato questi aspetti nel contesto del Codice dell'Unione europea operativo, Napoli, 2012.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ne con il Trattato di Lisbona[29], secondo cui lo spazio rientrava tra le politiche elaborate dall'Unione europea[30], favorendo la competitività industriale e il progresso scientifico.

Stando a quanto riportato nell'art 4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la politica spaziale rientra tra le materie di competenza concorrente, limitando l'azione dell'UE all'attuazione dei programmi spaziali[31].

Inoltre, le questioni concernenti l'attuazione della politica dell'Unione europea nello spazio cosmico sono disciplinate nel Titolo XIX del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) intitolato "Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio". Conformemente all'articolo 189 del Trattato, l'Unione europea determina la propria politica spaziale e, a questo scopo, promuove iniziative proprie e sostiene la ricerca e lo sviluppo tecnologico. In base a tale articolo, sono conferite al Parlamento europeo e al Consiglio competenze per stabilire il diritto derivato.

L'atto fondamentale del diritto derivato per l'implementazione della politica spaziale è rappresentato dal regolamento (UE) 696/2021, che istituisce il programma spaziale dell'Unione e crea l'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale (EUSPA).

L'EUSPA è nata per sopperire al grande ostacolo dell'assenza di un'adeguata *governance* delle questioni spaziali: la ripartizione triangolare delle competenze in materia spaziale (tra Unione europea, ESA e Stati membri) risulta essere poco sufficiente per le attuali necessità dell'Europa nel teatro spaziale.

[29] J. Wouters, *Space in the Treaty of Lisbon*, in K.U. Schrogl, C. Mathieu, N. Peter (eds.), *Yearbook on Space Policy 2007/2008: From Policies to Programmes*, Vienna, 2009; J. Béclard, *The Lisbon Treaty and the Evolution of European Space Governance*, in *Actuelles de l'Ifri, The Europe & Space Series*, N. 12, 2013.

[30] Lo spazio viene espressamente inserito nell'art. 184 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

[31] *«In the areas of research, technological development and space, the Union shall have competence to carry out activities, in particular to define and implement programmes; however, the exercise of that competence shall not result in Member States being prevented from exercising theirs»*, TFUE, p. 47. Si veda anche R. Schutze, *An Introduction to European Union Law*, Cambridge 2013, p. 59; N. Foster, *EU Law Directions*, Oxford 2012, p. 74; D. Chalmerd, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Second Edition, Cambridge 2011, pp. 208-210.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Come menzionato in precedenza, nonostante l'ESA promuova la competitività industriale a *start-up* ed aziende, consentendo l'accesso ai propri laboratori di ricerca, solo le procedure d'appalto dell'UE possono assicurare piena competitività sul mercato[32]. Inoltre, come accennato, l'Agenzia spaziale europea conta solo 19 Stati membri dell'UE al suo interno e membri extra-eu, che adottano risoluzioni all'unanimità, conferendo ai membri ESA (e quindi anche a Stati non appartenenti all'UE) un'influenza sproporzionata in questioni che possono coinvolgere l'Unione stessa. Viceversa, l'Unione non può imporre alcun vincolo di fedeltà ai programmi UE agli stati *partner* ESA extra-europei[33]. Questa asimmetria si fa ancor più evidente in materia di sicurezza comune e politica estera (PESC), prerogativa esclusiva dell'Unione, che porta ad una *governance* multilivello, priva di efficaci meccanismi di coordinamento tra i vari attori e poco congeniale allo sviluppo della *New Space Economy* europea.

È evidente che il programma spaziale europeo e la creazione di un'unica agenzia spaziale per l'Unione costituiscano un contributo di grande valore per affrontare le sfide che offre il settore spaziale; è altrettanto indubitabile che l'istituzione dell'EUSPA risolva ben poco le questioni di natura amministrativa e giuridica in relazione ai rapporti UE-ESA: il Titolo IV (*Governance* del programma) del regolamento 696/2021, all'art. 30 affida all'ESA la progettazione, lo sviluppo e la costruzione dell'infrastruttura spaziale di Copernicus, l'evoluzione dei sistemi, della progettazione e dello sviluppo delle parti del segmento di terra e dei satelliti dei programmi Galileo ed Egnos[34], oltre che la ricerca e sviluppo per tutte le altre componenti del programma, purché rientrino negli ambiti di competenza ESA.

Ne consegue una persistente assenza di autonomia dell'Agenzia dell'Unione, elemento che sembra necessario per l'implementazione efficace dei programmi; ciononostante, è forte l'intenzione comu-

[32] V. Maione, *L'applicazione delle norme Ue sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il* procurement *per il GNSS Galileo come* case study, in Revista Estudios Jurídicos Segunda Época, nº 15/2015.

[33] M. Messina, *Quali futuri rapporti tra Unione Europea e Agenzia Spaziale Europea (ESA)?*, in L. Panella, F. Pellegrino (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dello spazio - Ordine internazionale e diritti umani*, suppl. al n. 5/2018.

[34] Copernicus, Galileo e Egnos sono i tre programmi faro dell'EUSPA.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ne alle due agenzie di armonizzare e rafforzare la loro coesistenza[35]. Inoltre, sebbene sia improbabile un assorbimento dell'ESA da parte dell'Unione, è possibile ritenere fondamentale la cooperazione tra le due agenzie per un utilizzo pacifico dello spazio – in conformità anche con il diritto internazionale – in modo da attribuire all'Europa un ruolo preminente in un contesto economico, scientifico, politico e sociale.

4. *Iris²: opportunità strategica per l'Europa*

Tra le priorità dell'Unione europea – e di conseguenza dell'EUSPA – c'è indubbiamente la questione della sicurezza che, declinata in ambito spaziale, riguarda soprattutto il sistema delle telecomunicazioni sicure ed affidabili.

Il tema ed il conseguente problema della copertura internet stabile e garantita, insieme a quello della sicurezza delle telecomunicazioni, è emerso ancor di più a seguito dell'invasione Russa in Ucraina: già durante le prime battute della guerra, Elon Musk ha attivato la fornitura di Starlink[36] in Ucraina, con le prime parabole fornite direttamente da SpaceX, garantendo il funzionamento della rete internet al governo ucraino, evidenziando il ruolo fondamentale della comunicazione satellitare[37].

In situazioni di crisi, come conflitti militari o disastri naturali, una comunicazione sicura e veloce è essenziale per il coordinamento

[35] A conferma di questa volontà comune, si citano l'Agenda 2025 dell'ESA, che stabilisce tra i suoi obiettivi il "rafforzamento delle relazioni UE-ESA". Inoltre, analizzando il *Financial Framework Partnership Agreement* firmato tra l'UE e l'ESA il 22 giugno 2021, si evidenzia una definizione dei ruoli e delle responsabilità della Commissione europea, dell'ESA e dell'EUSPA.

[36] Starlink è una costellazione di satelliti dell'azienda privata SpaceX, in grado di fornire internet satellitare in banda larga. Si legga J. Brodkin, *SpaceX hits two milestones in plan for low-latency satellite broadban*, disponibile *online* all'indirizzo *https://arstechnica.com/information-technology/2018/02/spacexs-satellite-broadband-nears-fcc-approval-and-first-test-launch/*.

[37] A. Jayanti, *Starlink and the Russia-Ukraine War: A case of commercial technology and public purpose?,* Belfer Center for Science and International Affairs, Harvard Kennedy School, 2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

degli sforzi di soccorso e per la trasmissione di informazioni cruciali. Servizi come Starlink, potrebbero aiutare a mantenere le persone connesse in tali circostanze, contribuendo a superare le sfide legate a interruzioni delle reti di comunicazione terrestri, apportando un impatto significativo alle situazioni emergenziali, giocando un ruolo cruciale anche nel contesto geopolitico.

La mossa di Musk ha evidenziato ancor di più il ruolo degli attori privati nel contesto spaziale, sempre più protagonisti nell'orbita LEO.

L'importanza strategica dei satelliti di telecomunicazioni e delle costellazioni come Starlink è diventata parte integrante dell'agenda spaziale sia dei singoli stati che dell'Unione europea; in questo contesto, si delinea il programma IRIS², costellazione di satelliti volta a fornire internet a banda larga ed un sistema di telecomunicazione sicura, fortemente voluta dall'Unione europea.

La costellazione è stata proposta nel febbraio 2022 e l'accordo tra il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea è stato raggiunto in soli 9 mesi per poi essere ufficialmente approvata nel febbraio 2023 a seguito della votazione in Parlamento, con 603 voti a favore.

IRIS², il cui lancio è previsto per il 2027, colmerà il divario digitale in Europa e sarà creato in sinergia con aziende private, godendo della partnership di un consorzio guidato da, per menzionarne qualcuno, Airbus Defence and Space e Thales Alenia Space.

La cooperazione in chiave europea, soprattutto dal punto di vista dell'utilizzo strategico dello spazio, è necessaria per un ottimale *balance of power* sia tra Stati membri, che con gli attori privati.

Il lancio di IRIS² va a sollecitare il bisogno di una più forte cooperazione internazionale per affrontare le sfide poste dal lancio di satelliti che forniscono internet e andrebbe a configurarsi come strumento geopolitico (astropolitico) utile a consolidare la posizione dell'Unione europea nello scacchiere internazionale spaziale, potendo garantire una copertura internet anche in caso di emergenza, andando a sopperire ad un vuoto tecnologico, colmato (non molto temporaneamente e con apparente benevolenza) dall'azienda SpaceX con la costellazione Starlink.

Al momento, uno dei problemi più gravi – evidenziati anche in precedenza – per le orbite, è legato all'esponenziale crescita di attori privati e del conseguente lancio di satelliti e costellazioni in un'orbita

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

(la LEO) che al momento sembra essere estremamente congestionata, portando ad inevitabili problemi di sicurezza nazionale ed internazionale. La strategia proposta da IRIS² prevede la collaborazione con la filiera privata sia per mitigare l'affollamento che per stimolare la competitività, elemento chiave che ritorna costantemente nel panorama spaziale europeo.

Secondo l'articolo 3(B) della proposta, si stabilisce che il programma dovrebbe «Enable the provision of commercial services or services offered to governmental users based on commercial infrastructure by the private sector in accordance with Article 7(4), including services to further develop Union and worldwide high-speed broadband and seamless connectivity»[38]; la struttura del progetto, riconosce l'importanza delle aziende europee nello spiegamento della costellazione, consolidando il *know-how* della filiera e l'autonomia strategica dell'Unione europea[39].

In conclusione, IRIS² rappresenta una grande opportunità per il Vecchio continente, che diventerebbe attore geopolitico primario nel contesto della fornitura di internet a banda larga, strategico per la sicurezza dell'Unione. La costellazione non pecca di carenze dal punto di vista legale e di regolamentazione, oltre alla questione dei rischi di collisioni e della conseguente formazione di *debris.*

Il vento sembra girare a favore dell'Unione ma, per cogliere ogni vantaggio del lancio della costellazione, l'Unione europea dovrebbe stabilire un *framework* normativo coerente e robusto, in sinergia con gli Stati membri e la Comunità Internazionale.

[38] «Consentire la fornitura di servizi commerciali o di servizi offerti agli utenti governativi sulla base di infrastrutture commerciali da parte del settore privato in conformità con l'articolo 7(4), compresi i servizi per ulteriormente sviluppare la banda larga ad alta velocità e la connettività senza soluzione di continuità nell'Unione e nel mondo». Parlamento europeo, *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Union Secure Connectivity Programme for the period 2023-2027*' C9-0045/2022, Ottobre 2022, disponibile in italiano *online* all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2022/0249/P9_A(2022)0249_IT.pdf*.

[39] EU Regulation 2023/588 (n 41) Art 22, consultabile in italiano *online* all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023R0588*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Valentina Marano

Il codice dei contratti pubblici in Italia: una sfida per gli operatori economici. Dal d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023

Sommario: 1. Premessa. – 2. Dal codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023. – 3. Possibili soluzioni.

1. *Premessa*

Il Codice dei contratti pubblici, secondo una consapevolezza diffusa, rappresenta una sorta di freno che impedisce la realizzazione di opere pubbliche in tempi ragionevoli. Un esempio tangibile è il Ponte Morandi ricostruito in quattordici mesi grazie ad una deroga totale alla disciplina. Il pensiero condiviso risiede nella convinzione di dover modificare la disciplina del Codice dei contratti pubblici, sebbene risulti, tuttavia, più complesso individuare le questioni di fondo che concretamente paralizzano il sistema degli appalti.

Si tratta di un tema oggetto di ampie discussioni, in quanto vi è la volontà di migliorare l'assetto e il regime dell'apparato normativo con l'intenzione di individuare regole idonee sì a snellire le procedure ma, al tempo stesso, a mantenere saldi alcuni principi, tra cui la tutela della concorrenza, più che nel mercato, per il mercato. Infatti, di fondamentale importanza sono le interrelazioni tra contratti pubblici e diritto della concorrenza e, con riguardo a ciò, è stata manifestata la volontà di apportare modifiche alle linee guida ANAC.

Sotto il profilo economico, gli appalti nell'area OCSE hanno un rilievo, in media, pari al 10-11% del PIL. Il denaro pubblico destinato agli investimenti realizza un valore aggiunto molto superiore rispetto alle altre forme di uso di pubblico denaro.

Rispetto a quanto affermato, al centro del dibattito si pone il decreto legislativo n. 50 del 2016, denominato Codice dei contratti pubblici, il successivo decreto-legge n. 32 del 2019 cosiddetto decreto "Sblocca cantieri", provvedimento convertito in legge dal Parlamento

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

che contiene la riforma del codice degli appalti e in ultimo il decreto legislativo n. 36 del 2023. La continua evoluzione, il continuo cambiamento delle norme di legge che governano la materia creano una sorta di disorientamento ai soggetti coinvolti che operano nel settore. La poca linearità normativa sembra essere il centro del problema perché contribuirebbe ad aggravare gli adempimenti a carico delle stazioni appaltanti rallentando ulteriormente gli investimenti pubblici, soprattutto in considerazione dei numerosi provvedimenti attuativi.

2. *Dal Codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023*

Il Codice di cui al d.lgs. 50/2016 viene concepito con l'obiettivo di ordinare una materia frammentaria, poco chiara e soggetta ad una iperproduzione normativa. Si inserisce in un contesto caotico dove il Legislatore si propone con un unico intervento di dare attuazione alle direttive 2014/23-24-25/UE e di avviare un processo di semplificazione attraverso un intervento chiarificatore che interviene sui profili organizzativi, sulle centrali di committenza, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti. L'Unione Europea, infatti, regola i contratti pubblici tenendo conto degli aspetti di semplificazione e della necessità di tutelare la concorrenza e le regole del mercato focalizzando l'attenzione sugli obiettivi di crescita sostenibile e sulla corretta allocazione delle risorse comunitarie. Per quanto concerne il nostro quadro nazionale, le esigenze europee devono essere necessariamente assimilate tenendo conto del contesto del nostro Paese.

Dunque, se da un lato bisogna tenere conto degli obiettivi che l'Unione Europea tende a perseguire, dall'altro è fondamentale coniugare questi obiettivi anche con quelli di prevenzione della corruzione e dell'infiltrazione mafiosa.

Tenendo conto di questi elementi, sul piano formale, la legge richiede l'adozione di un unico testo normativo da denominarsi "codice" (art.1, comma1) e impone che si tratti di un codice snello. Sul piano sostanziale, la legge delega demanda al Governo di recepire le direttive nel rispetto del divieto del *gold plating*[1], cioè quella tecnica

[1] R. Sammaro, *Il parere del Consiglio di Stato sul nuovo codice dei contratti pubblici e la creazione di Adamo*, in «Judicium», 2011. Il divieto di *gold plating* com-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità[2]. La parola "codice" ci fa intendere che l'obiettivo era quello di creare un testo che contenesse tutte le norme in materia di contratti pubblici.

I processi di codificazione, però, presentano dei limiti. Infatti, è piuttosto ostico per il Legislatore inserire in un unico testo normativo tutte le fonti del diritto.

Il Consiglio dei ministri approva il 15 aprile 2016, in esame definitivo, il decreto legislativo di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture[3]. Nasce così il nuovo Codice degli appalti che si compone di 220 articoli rispetto ai 2000 articoli del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo del 12 aprile 2006 n. 163[4].

Il d.lgs. 50/2016 viene concepito per far fronte ad una esigenza: il Governo aveva necessità di recepire e attuare le direttive europee, a questo proposito è da sottolineare che il codice entra in vigore al

porta che non si possano stabilire oneri a carico degli operatori economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee.

[2] In sede di recepimento delle direttive comunitarie, si fa riferimento al *gold plating* come a «quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il *gold plating* è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati». Una pratica che in Italia è abbastanza diffusa, nonostante che in molti criteri di delega si faccia espresso richiamo di non introdurre e a non mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. Sul tema, G. Bruzzone, M. Casella, R. Marzulli, *Portata del divieto di* gold plating, in A. Pajino, L.Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, in «Astrid Rassegna», n. 16, 2015 p. 19 ss.

[3] Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 112 del 15 aprile 2016.

[4] Le nuove direttive sembrano evidenziare delle indicazioni problematiche relative ai singoli istituti in esse trattati, una prima possibile ricaduta delle nuove direttive verte sul piano delle fonti idonee a garantirne l'effettivo recepimento.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

limite del termine assegnato dagli organismi europei. Come il Codice del 2006, anche quest'ultimo nasce in seguito al recepimento di due direttive comunitarie del 2004, la n. 17 e la n. 18.

Dunque, la necessità di adempiere agli impegni con l'Unione Europea e la volontà di riformare la vecchia normativa sui contratti pubblici, avviano il percorso normativo che porterà al concepimento del Codice dei contratti pubblici. A causa della rapidità con la quale viene elaborato e della notevole compressione contenutistica nell'ottica di avviare un processo di semplificazione, si rende non agevole l'interpretazione della normativa, la quale genera confusione. Si attraversa una fase di transizione, di passaggio dal vecchio al nuovo codice dove, appunto, ci si imbatte nel nuovo sistema di affidamento di appalti e concessioni. Chiaro è che la difficoltà di interpretazione del nuovo codice genera un rallentamento della spesa pubblica per investimenti che, soprattutto in una prima fase, subisce una decrescita infelice. Da un punto di vista economico, i contratti pubblici relativi a servizi e forniture rappresentano un tassello centrale della spesa pubblica del nostro Paese e incidono notevolmente sull'economia e sui contesti sociali.

In sintesi, il d.lgs. n. 50/2016 ha dato comunque vita ad un corpo normativo abbastanza unitario. Potremmo dire che tale intervento è figlio di normative comunitarie, in quanto la materia dei contratti pubblici è disciplinata da norme comunitarie. Il settore dei contratti pubblici, con particolare riferimento ai contratti passivi, dove cioè la pubblica amministrazione acquisisce lavori di servizi e forniture sono un settore di concorrenza che è regolamentato dall'ordinamento comunitario. Tuttavia, abbiamo una duplice regolamentazione: da un lato gli appalti sopra la soglia comunitaria, ciò vuol dire che per determinati importi si applica la normativa comunitaria, dall'altro lato gli appalti sottosoglia rispetto ai quali esiste un margine di manovra da parte degli Stati nazionali. Il codice nasceva nel nostro ordinamento con la volontà di introdurre un sistema che oggi definiamo *soft law,* dunque doveva essere attuato attraverso una serie di provvedimenti, le linee guida ANAC e alcuni decreti ministeriali che negli anni sono stati adottati.

Successivamente, al fine di snellire il quadro normativo, viene emanato il decreto-legge n. 32 del 18 aprile 2019, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione ur-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

bana e di ricostruzione a seguito di interventi sismici"[5] convertito in legge n. 55 del 14 giugno 2019, denominato decreto Sblocca Cantieri, che modifica il codice con l'obiettivo di semplificare le procedure[6]. In seguito all'evidente difficoltà nell'applicazione del codice dei contratti pubblici, il legislatore interviene facendo ritorno al Regolamento "unico" per esigenze di maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche[7].

Infatti, il d.lgs. 50/2016 per esigenze di semplificazione aveva eliminato il Regolamento mentre con il d.l. 32/2019, il cosiddetto decreto Sblocca Cantieri, si fa ritorno al Regolamento. Il processo di semplificazione attuato ha danneggiato la qualità offerta da parte delle imprese e non sono state eliminate molte criticità del sistema. Questi elementi incidono sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici. Quando la norma non è chiara si rischiano applicazioni errate o distorte che producono effetti negativi quali: allungamento dei tempi delle procedure, aumento del contenzioso.

Il processo di semplificazione avviato sembra concludersi con il nuovo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023, che sostituisce definitivamente il d.lgs. 50/2016. C'è da sottolineare che il d.lgs. 36/2023 mette a regime le deroghe varate durante l'emergenza epidemiologica per accelerare l'assegnazione degli appalti. Infatti, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto Semplificazioni") convertito, con numerose e significative modificazioni, con legge 11 settembre 2020, n. 120, ha introdotto un nuovo regime speciale e transitorio per le procedure d'appalto, sia sotto che sopra la soglia comunitaria, fino al 31 dicembre 2021, attraverso una serie di misure che sono caratterizzate dalla dichiarata finalità di "incentivare gli investimenti pubblici con particolare riferimento alle infrastrutture ed ai servizi pubblici e far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del

[5] R. De Nicotolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge Sblocca cantieri*, Zanichelli, Bologna, 2020.

[6] H. Bonura, F. Ciaravella, *Il pacchetto di correttivi per accelerare le procedure di gara*, in D. Bolognino, H. Bonura, A. Storto (a cura di), *op. cit*., p. 27 ss.

[7] F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo', rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo,* in *Federalismi.it*, 18/11/2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

COVID-19"[8]. Per il perseguimento dei suddetti obiettivi il Legislatore governativo ha introdotto norme volte ad imprimere una accelerazione nelle procedure di affidamento utilizzando prevalentemente tre modalità: 1) attraverso deroghe al codice dei contratti pubblici e ad altre norme; 2) fornendo specifiche motivazioni *ex lege* a giustificazione dell'adozione di procedure d'urgenza e/o di semplificazione; 3) attraverso alcune modificazioni al codice dei contratti. Sono state poi introdotte modificazioni ad altre norme e tra queste si segnalano, in particolare, quelle alla legge n. 241/1990, al decreto legislativo n. 104/2010 e alla legge 14 giugno 2019, n. 55. Quindi è evidente che durante l'emergenza sanitaria e la drammatica crisi economica, è emersa la volontà di spingersi verso la massima accelerazione e semplificazione delle procedure di affidamento e, al tempo stesso, la necessità di garantire legalità e correttezza dell'azione amministrativa. Alla luce di ciò, il d.lgs. 36/2023 sostiene il processo di semplificazione avviato nella fase emergenziale confermando, ad esempio, l'innalzamento delle soglie per affidamenti diretti e procedure negoziate, inizialmente previsto dalle norme introdotte nel periodo post-pandemico. Uno dei punti focali del nuovo codice è la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto. La pubblica amministrazione svolge un ruolo centrale in quanto l'obiettivo è ottenere maggiore qualità ed efficienza nella gestione delle gare. In questo nuovo assetto le procedure si presentano più snelle, in quanto si prevedono soglie più elevate per l'affidamento diretto e possibilità di utilizzare procedure a invito per contratti di importo fino alle soglie comunitarie. Inoltre, vi è un innalzamento delle soglie per affidamenti diretti e procedure negoziate inizialmente previsto dalle norme introdotte nel periodo post-pandemico come si vedrà nel paragrafo successivo. Questo scenario si presenta come una grande opportunità per gli operatori economici.

Tuttavia, occorre operare una riflessione in quanto questa iperproduzione normativa potrebbe essere il frutto di una certa illusione sul valore della legislazione. Sembra essere risolutivo considerare la modificazione della normativa come la soluzione in termini di efficienza del sistema. Il problema non potrebbe risiedere anche nell'amministrazione che è chiamata ad applicare la legislazione?

[8] A. Massari, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio delle procedure d'appalto fino al 31.12.2021*, Utet, Milano, 2022, p. 13 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ciò che è più complesso è forse proprio la fase di implementazione?

Immaginare di innovare un'amministrazione radicata in principi e farraginosità che incidono sulle procedure di spesa sembra essere davvero problematico. Dunque, bisogna acquisire la consapevolezza che le riforme cominciano quando la legge viene applicata[9]. La fase dell'implementazione è centrale. Sarebbe riduttivo attribuire tutte le responsabilità all'iperproduzione normativa quando invece è necessario intervenire sì sul piano della legislazione ma anche sul piano dell'organizzazione amministrativa, del tema della responsabilità e dei controlli.

3. *Possibili soluzioni*

Vi è un problema generale che va ben oltre la semplice riforma dei contratti pubblici. In primo luogo, vi è poca chiarezza su quali siano le effettive inefficienze e su quali settori mirati operare le modifiche e le innovazioni ai fini di un maggiore snellimento delle procedure. Possiamo individuare, in una prima analisi, tre questioni di fondo:

– È forse il caso di abbandonare il modello di regole rigide e prestabilite per dirigersi verso il riconoscimento di una maggiore discrezionalità amministrativa?

– È possibile una limitazione del sindacato del giudice amministrativo sostituendolo con una tutela di tipo risarcitorio e con un maggiore controllo preventivo da parte della Corte dei Conti?

– L'amministrazione è spesso frenata dall'agire in maniera tempestiva a causa del timore di incorrere in responsabilità di natura penale, contabile o amministrativa. È possibile, dunque, limitare in tutto o in parte questa responsabilità in modo da lasciare maggiore spazio agli amministratori pubblici, alle stazioni appaltanti nell'assumere decisioni e quindi nel velocizzare i procedimenti amministrativi?

La lentezza delle procedure per le opere pubbliche e la discrezionalità amministrativa sono due problemi di vecchia data.

Ma quali sono le possibili soluzioni?

[9] Sul tema si veda A. Pajino, *Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?*, "Convegno Luiss nell'ambito del master in diritto della concorrenza", Roma, 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Più volte è stato proposto di estendere l'ambito di applicazione di alcune norme di specie delimitandole nel tempo. È tangibile la vischiosità delle procedure di spesa dove emerge che vi sono regole generali e regole speciali nonché controlli dai tempi imprevedibili. Il problema si è acuito dopo il 1992 in quanto sempre più spesso gli amministratori pubblici hanno mostrato una certa riluttanza ad assumere responsabilità. Hanno ritenuto che difronte alla difficoltà di assumersi la responsabilità di una decisione fosse più risolutivo rifugiarsi nell'inerzia. Il problema della contrattualistica pubblica necessita di essere analizzato e affrontato nel suo complesso attraverso più profili. Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici sono certamente due ambiti strettamente connessi. In secondo luogo, al centro del problema si pongono delle difficoltà che sono emerse in modo più incisivo durante l'emergenza epidemiologica ma che hanno una storia lunga e con le quali le pubbliche amministrazioni convivono da tempo.

Queste difficoltà sono legate proprio alle pubbliche amministrazioni, in quanto, quando si fa riferimento alla paralisi che affligge il settore degli appalti pubblici, si è soliti porre al centro il tema della "legislazione". Il problema della legislazione non può essere escluso ma è errato pensare che le criticità delle infrastrutture si risolvano attraverso un mutamento legislativo. Sovente si ritiene che la soluzione per il rilancio degli investimenti consista nell'utilizzare lo strumento del mutamento legislativo.

Infatti, è tangibile una certa illusione complessiva sul valore della legislazione, in quanto vi è la convinzione che con una modificazione della legislazione si possa garantire una efficienza del sistema. Osservando le nostre pubbliche amministrazioni, la scarsa preparazione del Responsabile unico del procedimento e considerando la farraginosità normativa un problema reale è radicato nelle pubbliche amministrazioni che sono chiamate ad applicare le norme[10]. Apportare modifiche alla legge, come accade dal 2006 per il settore dei contratti pubblici, è

[10] Sul tema si veda, V. Marano, *Il codice dei contratti pubblici in Italia tra obiettivi di semplificazione, criticità e procedure d'acquisto in emergenza*, in *Il Codice dei contratti pubblici secondo gli operatori, un'indagine sul campo*, A. La Spina, B.G. Mattarella (a cura di), *I quaderni della rivista amministrazione in cammino,* in «Astrid Rassegna», 2022, pp 16 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

piuttosto semplice mentre è molto più complesso innovare le pubbliche amministrazioni e formare i responsabili unici del procedimento al fine di renderle più efficienti.

Ripensare le pubbliche amministrazioni in termini di efficacia ed efficienza è possibile? Vi sono alcune proposte che potrebbero innovare senza complicare l'operare delle stazioni appaltanti.

Tra le previsioni si è fatto spesso riferimento alla necessità di ridurre drasticamente il numero delle stazioni appaltanti immaginandone una per ogni Regione e prevedendo per i grandi appalti centrali, e dunque per le grandi opere pubbliche, un'unica stazione appaltante con specifiche funzioni. Se ci soffermiamo sulle ultime modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici possiamo notare che vi è stata una moltiplicazione delle stazioni appaltanti. Inoltre, è necessario porre al centro la lentezza delle decisioni che non è quella imposta dalla legislazione. Si tratta di quella sorta di timore che coinvolge il decisore e cioè colui che non si assume la responsabilità di decidere. Ad esempio, le procedure di VIA hanno dei tempi lunghi perché vi sono molte difficoltà nel raggiungere un accordo. È fondamentale, inoltre, un'attività di raccordo tra i diversi livelli di amministrazione in quanto si generano spesso conflitti di competenze che contribuiscono al rallentamento delle procedure. Infine, sarebbe opportuno recuperare gli apparati tecnici delle pubbliche amministrazioni perché mancano le amministrazioni tecniche e la relativa specializzazione. È evidente che per fare una riforma non basta una legge in quanto l'iperproduzione normativa non ha reso più efficiente il settore dei contratti pubblici, dunque, è la fase dell'implementazione ad essere centrale. Occorre intervenire sul piano della legislazione, sul piano dell'organizzazione dell'amministrazione, sul piano della responsabilità e sul piano dei controlli.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Salvatore Mancino

Procreazione medicalmente assistita: si può esser costretti a diventare padre?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il fatto. – 3. Il diritto di essere madre. – 4. Il diritto/dovere di essere padre: il peso del consenso e della sua eventuale revoca. – 5. L'intervento della Corte costituzionale.

1. *Introduzione*

I Giudici della Corte costituzionale, con la sentenza in esame, la n. 161 del 24 maggio 2023, depositata il 24 luglio 2023, hanno affrontato un tema quanto mai delicato, tema che affonda le sue radici e rinviene la sua ragion d'essere nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita e nella relativa disciplina: si può esser "costretti" a diventare genitori in virtù di un consenso prestato tempo addietro e a valle di una vita di coppia ormai terminata?

La risposta giunta dalla Consulta è di segno senza dubbio positivo, non avendo i giudici ritenuto sussistente quella compressione della libera espressione del consenso paventata dal remittente giudice romano.

Invero, la Corte ha evidenziato come siano molti di più gli interessi in gioco, interessi che parimenti necessitano di tutela, e che, ad ogni modo, se pur fosse vero che di rettifica la materia necessita, è parimenti vero che alla modifica dovrebbe provvedere il Legislatore, operando a monte un diverso bilanciamento di interessi.

Orbene, tanto premesso, è necessario fare un passo indietro, al fine di perimetrare la questione oggetto di analisi ed incasellare al meglio la tematica sinora brevemente inquadrata.

La procreazione può essere paragonata ad un contenitore complesso, un crocevia di diritti ed interessi anche, e a volte forse soprattutto, conflittuali, di interessi e doveri. E del resto, la procreazione e, più in generale la sessualità, costituisce un segno identificativo della

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

persona e della dignità umana e una forma di libera esplicazione della personalità, esplicandosi in un diritto della persona di fatto inalienabile ed irrinunciabile[1].

Non è però possibile immaginare un diritto alla procreazione senza limiti e attuabile con ogni mezzo, si preferisce infatti parlare di diritto alla libertà procreativa piuttosto che diritto di procreare proprio per evidenziare l'esigenza di porre dei limiti e fare considerazioni al riguardo.

Come ogni altro diritto, anche questo, deve porsi in relazione con gli altri diritti; la volontà di essere genitori deve rapportarsi con i diritti attribuibili al concepito considerato come uomo *in fieri*, concepito che, come ha avuto modo di affermare la Consulta in una risalente pronuncia, «persona deve ancora diventare»[2], ma che costituisce una figura giuridicamente autonoma a cui attribuire diritti fondamentali e personali, come il diritto alla vita, alla salute, all'integrità psico-fisica.

L'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita apre alla possibilità di generare un figlio anche quando manchino le condizioni "naturali" che portano al concepimento mediante rapporto

[1] Del resto, in tal senso si è espressa anche la Corte di Cassazione, nel momento in cui ha affermato che neanche il regime di detenzione può limitare il diritto in parola; in particolare, la Corte ha ritenuto che anche al detenuto in regime *ex* 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario è concesso di effettuare un prelievo di liquido seminale, permettendo così alla moglie di praticare una tecnica di fecondazione assistita. Cfr. Cass. pen., 30 gennaio 2008, n. 779.

[2] Si tratta di un arresto che, invero, concerneva una fattispecie di procurato aborto, relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale nella parte in cui punisce chi cagiona l'aborto di donna consenziente anche qualora sia stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, senza che ricorrano gli estremi dello stato di necessità di cui all'art. 54 del codice penale. Si riporta, per esigenze di completezza della trattazione, la massima della sentenza *de qua*: «la condizione della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c.p. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato. Di più. La scriminante dell'art. 54 c.p. si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»; cfr. Corte Cost., 18 gennaio 1975, n. 27.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

fisico tra uomo e donna; in questo modo, possono essere superate patologie come sterilità o infertilità ed anche l'identità di sesso dei due soggetti che cercano di diventare genitori. Inoltre, l'utilizzo di tali tecniche «rende programmabile (almeno sul piano teorico), o comunque sottrae al gioco esclusivo e misterioso della causalità naturale persino il prodotto del concepimento»[3] e, del resto, come ha avuto modo di affermare autorevole dottrina, «what in the past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals»[4].

Basti pensare alla diagnosi preimpianto, tanto sospirata dai soggetti portatori di patologie geneticamente trasmissibili che permette di conoscere eventuali malformazioni o patologie a carico dell'embrione.

Risulta dunque lampante la necessità di bilanciare il valore del principio di autodeterminazione del singolo con altri valori ed interessi collegati alla tutela del nascituro che si trova in uno stadio ancora più anticipato, cioè nella fase embrionale, alla tutela della salute della donna, al concetto di famiglia e di laicità dello Stato.

In Italia, il Legislatore si è finalmente espresso con la legge n. 40 del 19 febbraio 2004 prendendo invero una posizione piuttosto netta, intuibile già dalle finalità attribuite alla procreazione medicalmente assistita, cioè un rimedio a patologie insanabili di sterilità o infertilità della coppia e non come una possibilità alternativamente eleggibile alla procreazione "naturale".

Così anche la scelta dei soggetti che sono ammessi alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, individuati nelle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertili, entrambi viventi»[5] esprime chiaramente la volontà del legislatore di ricostruire una situazione familiare "tradizionale" in cui coesistono due genitori di sesso diverso perché ritenuto il miglior contesto per la crescita psico-fisica del minore[6].

[3] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1346.

[4] C. Piciocchi, *Bioethics and Law. Between Values and Rules*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 2005, p. 471 ss.

[5] Così testualmente recita l'art. 5 della legge n. 40/2004.

[6] È doveroso a tal punto aprire una parentesi concernente la possibilità di accesso a tali tecniche per le coppie omosessuali unitamente alla possibilità di contrarre matrimonio. Invero in tema si è espressa la Consulta, che ha continuato a sostenere la necessità di non identità di sesso dei nubendi ed ha al contempo invitato il legi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Un problema rilevante di fronte a cui è possibile trovarsi consiste nella morte del futuro padre dopo l'inizio della procedura di procreazione medicalmente assistita prima dell'effettivo impianto.

In effetti, la legge sembra chiara quando si riferisce a due soggetti membri della coppia "entrambi viventi", tuttavia la norma non ci indica in quale momento del complesso procedimento fecondativo sia necessaria la presenza in vita di entrambi i soggetti membri della coppia, quindi deve essere interpretato nel senso di ritenere necessario che al momento della formazione dell'embrione i due coniugi siano vivi, ma nelle fasi successive prevale la tutela dell'embrione rispetto alla creazione di una famiglia basata sul modello biparentale.

Si tratta di una conclusione, questa, in effetti avallata anche dal fatto che l'art. 6, comma 3[7], l. n. 40/2004, stabilisce che, dopo che è

slatore ad operare una regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso. Cfr. Corte costituzionale 14 aprile 2010, n. 138; tale regolamentazione, tuttavia, non include la possibilità di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, mentre in molti altri paesi le coppie omosessuali unite in matrimonio o in un rapporto registrato ad esso paragonabile, hanno diritto di procreare con metodi alternativi a quello naturale. Non possono al riguardo non essere citate alcune sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo: Salguiero del 1999 ed E.B vs Francia del 2008, che hanno avuto modo di affermare che l'orientamento sessuale di un soggetto non può costituire un limite all'affidamento di un minore. Questo tema in realtà riguarda due diverse situazioni perché una cosa è parlare di affidare un figlio già nato da un genitore che ha deciso di cambiare la propria identità sessuale nel corso della propria vita, altro è consentire la nascita di un bambino all'interno di un rapporto di convivenza tra due persone dello stesso sesso. La prima circostanza rientra in "quell'incerto mestiere del vivere", menzionato dalla Corte costituzionale, che il legislatore deve affrontare tenendo conto del rispetto dei diritti inviolabili e dei divieti costituzionali, come il divieto di discriminazione per ragioni sessuali e di orientamento sessuale; nel secondo caso, invece, eliminare il divieto esistente significherebbe equiparare due situazioni, eliminando il requisito della diversità di sesso tra i due soggetti coinvolti nel rapporto di filiazione. Tale accettazione costituirebbe uno stravolgimento dello schema genitoriale che deve essere analizzato tenendo conto delle necessità psico-fisiche del minore, del suo percorso di crescita e di formazione della personalità ma anche alla luce del contesto sociale e culturale che ci circonda. Cfr. Corte costituzionale 20 novembre 2004, n. 494.

[7] Ai fini di completezza, si ricorda che la norma, rubricata "Consenso informato", dispone che «per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applica-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

avvenuta la fecondazione, è considerata irrilevante la revoca del consenso; quindi, non avrebbe senso interrompere il processo di nascita in seguito al decesso del futuro genitore di sesso maschile.

Proprio quest'ultimo, come anticipato, è l'articolo sul quale si è incentrata l'attenzione del Tribunale di Roma, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale.

2. *Il fatto*

Nella specie, la vicenda giudiziaria aveva preso le mosse dalla domanda di una donna volta all'ottenimento della condanna di una struttura sanitaria, presso la quale lei aveva in precedenza intrapreso il percorso di procreazione medicalmente assistita, affinché procedesse al decongelamento dell'embrione crioconservato e al suo impianto.

zione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa (comma 1). Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate (comma 2). La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo (comma 3). Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione (comma 5). Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge (comma 6)».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Facendo un passo indietro, anni prima, sia l'istante che l'allora coniuge avevano assentito alla crioconservazione dell'embrione formatosi a seguito della fecondazione, al fine di permettere l'esecuzione della biopsia embrionale, in vista dell'impianto; tuttavia, quest'ultimo era stato poi differito in ragione della propria scarsa qualità endometriale, cosa che aveva comportato la necessità che la donna si sottoponesse alle relative cure.

Tuttavia, pur create le condizioni adatte, il trasferimento non era poi avvenuto poiché, *medio tempore*, il marito si era allontanato dalla residenza familiare in vista della separazione consensuale, che sarebbe intercorsa di lì a breve.

Cionondimeno, poco dopo la donna aveva chiesto, seppur vanamente, alla struttura sanitaria di procedere all'impianto: il marito aveva in effetti chiesto la dichiarazione giudiziale della cessazione degli effetti civili del matrimonio, per altro revocando formalmente il consenso all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Tanto premesso, nella domanda proposta dalla donna, ai sensi dell'allora in vigore art. 702 *bis* c.p.c.[8], la medesima aveva posto l'accento sul suo diritto di essere madre, sostenendo che il medesimo debba esser considerato come un diritto assoluto, fondamentale della persona, garantito dalla Costituzione agli artt. 2, 31, comma 2, e 32.

A fronte dell'istanza, si erano costituiti in giudizio sia il marito che la menzionata struttura sanitaria, chiedendone il rigetto e pro-

[8] A voler essere precisi, la norma disciplinava un procedimento speciale, il procedimento sommario di cognizione, introdotto, per mano della legge n. 69/2009, nel Codice di procedura civile con un nuovo Capo III-*bis* (composto dagli artt. 702 *bis*, 702 *ter* e 702 *quater*), tra i procedimenti sommari del Titolo I del Libro quarto. La *ratio* risiedeva nell'esigenza di introdurre un rito con finalità di concentrazione e snellezza: il procedimento *de quo* si poneva dunque come modello di rito per i procedimenti, anche camerali, in cui prevalessero caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa. Il quadro è stato ulteriormente modificato dall'intervenuta, di recente, Riforma Cartabia, che, nel perseguire ancora una volta il fine di ridurre la durata media del processo, stavolta tramite il ricorso all'utilizzo – *rectius* – al rafforzamento della digitalizzazione, ha provveduto ad abrogare gli artt. 702 *bis*, *ter* e *quater* del codice di procedura, introducendo il nuovo art. 281*decies*. Naturalmente non deve esser considerato come un'alternativa moderna al rito sommario prima vigente, né tantomeno come una sua rivisitazione, ma come un vero e proprio giudizio a cognizione piena, alternativo all'ordinario giudizio di cognizione.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

spettando, d'altra parte, dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40/2004.

Come si avrà modo di vedere, la norma *de qua* se per un verso dispone, al primo periodo, che la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) è espressa dai componenti della coppia «per iscritto congiuntamente al medico responsabile» della struttura sanitaria autorizzata ad applicare le tecniche medesime, per altro verso, segnatamente al secondo periodo, che tra «la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni».

La norma precisa infine, al terzo periodo, che tale volontà «può essere revocata da ciascuno dei soggetti fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

Proprio questo il punto sul quale dagli istanti, prima, e il giudice rimettente, poi, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale: la norma in effetti parrebbe contrastare con i parametri costituzionali «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

A ben vedere, infatti, essendo intervenuta in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, la revoca del marito non sarebbe consentita dalla norma *de qua*, risultando così priva di efficacia.

3. *Il diritto di essere madre*

Orbene, in relazione alla domanda della moglie, e segnatamente in relazione al diritto di essere madre quale diritto assoluto, prima di analizzarne punti di forza e criticità, è bene fare una premessa per quel che concerne, a monte, l'esistenza di un diritto a procreare.

Si tratta, a ben vedere, di un diritto che non è esplicitamente definito, ma desumibile dal riconoscimento del diritto di fondare una famiglia e dall'obbligo del rispetto della vita privata e familiare.

Tali diritti rinvengono la loro fonte nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 nella parte in cui sancisce che «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione» e «la famiglia è il nucleo centrale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo stato».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Sono riaffermati anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950, che all'art. 12 stabilisce che «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto» e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nell'art. 23, secondo il quale «il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio».

È naturale dunque che, se per un verso, si tratta dunque di disposizioni in cui viene espressamente affermato un diritto a costituire una famiglia e ad avere figli, è del pari vero che, per altro verso, il Legislatore dell'epoca non avrebbe certo potuto includere nel godimento di tale diritto tutte le situazioni attualmente esistenti in cui la riproduzione non combacia con la sessualità dovute alle nuove tecniche medico-riproduttive.

Ad una prima lettura di queste norme potrebbe sembrare che il diritto di costituire una famiglia ed il diritto di sposarsi si riducano ad un unico diritto, affermazione che porta a due questioni problematiche.

In particolare, mentre la prima che consiste nel dubbio se il diritto di fondare un nucleo familiare sia riservato solo a coppie sposate e non a conviventi o persone singole, la seconda questione riguarda il collegamento tra il diritto a costituire una famiglia e quello di procreare.

Con riguardo alla prima problematica vi sono opinioni discordanti in dottrina: se da una parte c'è chi afferma che l'art. 12 individui due distinti diritti e basa tale opinione sull'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, a mente del quale tutti i figli devono essere socialmente tutelati indipendentemente se nati in un contesto matrimoniale o al di fuori di esso, e sull'art. 8 CEDU, che garantisce il rispetto della vita privata e familiare di ogni individuo, altra parte della dottrina preme per un'interpretazione letterale del testo in quanto l'art. 12, nell'espressione "l'esercizio di tale diritto", farebbe riferimento a un diritto unitario.

Questa seconda interpretazione si scontra però con l'evoluzione che ha affrontato il concetto di famiglia dal 1950, data di entrata in vigore della Convenzione, ad oggi.

Si può dire che

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

la definizione di famiglia non può avere carattere assoluto, ma deve essere considerata nella sua relatività storica[9], proprio in virtù delle radicali trasformazioni che l'istituto ha subito e continuamente subisce. Infatti, se al momento della emanazione della normativa in esame la famiglia era quella basata sul matrimonio, attualmente emergono dalla stessa giurisprudenza europea riconoscimenti relativi alla famiglia di fatto[10] e a quella monoparentale[11].

Sia la Corte europea dei diritti dell'uomo che la Commissione hanno in più sentenze confermato una interpretazione unitaria dell'art. 12, ponendosi quindi su un piano diverso rispetto alla legislazione di vari stati che permette ai singoli e alle coppie non unite in un vincolo coniugale di adottare e formare quindi una famiglia, ma questi dubbi interpretativi sono stati sanati dall'art. 9 del Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo il quale «il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

La seconda questione relativa all'art. 12, cioè se vi sia una coincidenza tra il diritto a procreare ed il diritto a fondare una famiglia ha trovato risposta negativa dato che fondare una famiglia costituisce «un'attività sociale, non necessariamente legata a una qualche funzione biologica»[12], dimostrato dal fatto che si parli di famiglia anche di fronte a una coppia coniugata senza figli o con figli adottivi.

Quindi, il diritto di fondare una famiglia coincide con il diritto ad avere figli e tale diritto non è limitato nell'ordinamento internazionale ricomprendendo, secondo una interpretazione più ampia, quindi, l'adozione e le altre tecniche procreative, tra cui la maternità surrogata.

L'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ricono-

[9] Cfr., P. Barcellona, *Famiglia*, in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 779.

[10] In termini, si rinvia alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 aprile 1979, che ha sancito il diritto della famiglia di fatto che le vengano riconosciuti diritti e doveri paritetici a quelli della famiglia legittima.

[11] I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 59. Sul punto la già citata sentenza del 13 giugno 1979, Marckx c. Belgio, della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto che il minore insieme alla madre formano una sia pur ristretta "famiglia naturale" riconoscendo legittimità alla famiglia monoparentale.

[12] I. Corti, *La maternità,* cit., p. 59.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sce ad ogni individuo il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Quest'ultimo «assume le caratteristiche di un diritto di libertà, avente natura assoluta in quanto può essere fatto valere contro chiunque vi rechi offesa e, in particolare, nei confronti del potere statale: alla famiglia è assicurata una sfera di autonomia nella quale a nessuno è lecito interferire fatte salve le eccezioni di cui al comma 2 dell'art. 8»[13].

In realtà tale libertà è circoscritta, cioè lo stato non può intromettersi «nell'organizzazione della famiglia voluta dai coniugi ed al riguardo non vi è dubbio che la decisione di generare o non generare figli rappresenta uno dei momenti fondamentali».

Quest'articolo garantisce uno spazio di libertà in cui lo Stato può entrare solo se lo scopo è quello di tutelare un diritto fondamentale e sembra ricomprendere anche le modalità con cui avere figli anche se al momento della formulazione si faceva riferimento solo al concepimento derivante da un rapporto intimo e libero tra due individui dato che le moderne tecniche riproduttive che comunque presuppongono intimità e libertà erano sconosciute[14].

[13] Cfr. L. Pannella, *Diritti umani e procreazione artificiale*, Franco Angeli, Milano, 1990.

[14] A tal proposito, va tenuta in considerazione naturalmente anche la più recente giurisprudenza della Corte EDU, che ha focalizzato l'attenzione su un tema molto importante dotato di una rilevanza mondiale, accordando piena tutela a quei diritti umani che spesso dai governi nazionali venivano ignorati, o più gravemente calpestati. In riferimento ai casi Mennesson c/ Francia e Labassee c/ Francia, i giudici della Corte EDU hanno ritenuto che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati mediante procedimenti di maternità surrogata all'estero ecceda il margine di apprezzamento statale. I giudici, nello specifico, sostenevano l'avvenuta violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ritenendo che ad essere leso risultava, in particolar modo, il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata che impediva a questi ultimi, nel caso specifico, di godere del rapporto di filiazione con il partner delle coppie che, in entrambi i casi in esame era altresì il padre biologico dei minori. Ancora, il caso Paradiso e Campanelli c/ Italia, in riferimento al quale l'Italia ha ricevuto una condanna dalla Corte di Strasburgo per aver sottratto alla coppia committente un bambino nato da una madre surrogata in Russia, a causa dell'inesistenza di un legame biologico con i coniugi, e quindi per aver violato l'art. 8 CEDU. La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una famiglia di fatto tra la coppia e il bambino. Nonostante i ricorrenti avessero passato solo sei mesi con il bambino, infatti, questo pur breve periodo aveva consentito l'instaurarsi di una relazione tra i coniugi e il minore e poi non vi è alcun motivo, da un lato, per ritenere che l'assenza di un legame genetico possa influire

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Vi sono invero vari documenti internazionali che esprimono una posizione favorevole alle tecniche riproduttive e alla surrogazione di maternità.

Così, ad esempio, l'art. 11 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne adottata nel 1979 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riconosce alle donne il diritto alla salute, alla sicurezza delle condizioni di lavoro includendovi la tutela della funzione riproduttiva.

Anche la Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla donna svoltasi a Nairobi nel 1985 tutela il diritto delle donne di controllare la propria fertilità, il numero di figli ed l'intervallo tra le nascite, così come la IV Conferenza mondiale sulle donne di Pechino riafferma come diritto assoluto e fondamentale, al pari del diritto di libertà, il diritto «ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza»[15].

Tutti questi atti individuano i diritti procreativi come diritti essenziali della persona, e come tali devono essere liberi da interferenze statuali e sovranazionali, ma devono essere rispettati e tutelati, con il limite dell'intervento per garantire il rispetto dei diritti fondamentali altrui.

Tanto brevemente inquadrato, tornando al caso in esame, si è visto che la donna aveva posto l'accento sul diritto di essere madre quale diritto assoluto. Ebbene, si tratta in effetti di un diritto che ha trovato accoglimento in seno alla Consulta e che ha, peraltro, posto in evidenza un altro aspetto cardine della vicenda.

La l. n. 40/2004 prevede, segnatamente tramite l'art. 14, che «è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni […]. Le

negativamente sull'esistenza del legame familiare, e, dall'altro, per impedire di considerare l'accertamento di tali legami genetici come rilevante sotto il profilo del diritto del singolo a sviluppare legami con i propri simili. Le misure adottate dalle autorità italiane nei confronti del bambino, la sua sottrazione ai ricorrenti e l'affido costituiscono, secondo la Corte, un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare. Invero, l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può essere utilizzata in modo automatico, senza prendere in considerazione il miglior interesse del minore. Per tali ragioni, del resto, la Corte EDU ha condannato l'Italia al risarcimento del danno in favore della coppia.

[15] IV Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino, p. 52 ss. Programma d'azione 94-96, in *Cooperazioneallosviluppo.esteri.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

Se ne deduce, dunque, che l'ipotesi della crioconservazione degli ovuli sia vietata e si traduca in un'evenienza del tutto eccezionale, consentita esclusivamente appunto «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» e l'impianto si dovrebbe realizzare «non appena possibile».

Orbene, l'aver dato cittadinanza al diritto di esser madre, così come rivendicato dalla donna, ha di fatto invertito questa relazione regola-eccezione, come ora vista e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo dell'analisi.

4. *Il diritto/dovere di essere padre: il peso del consenso e della sua eventuale revoca*

Se è vero quanto sinora detto, circa la tutela dei diritti della donna, è del pari vero che attenzione va prestata anche al diritto dell'uomo di prestare, e nel caso revocare, il proprio consenso. Ed invero anche questo punto è stato destituito di fondamento dai Giudici della Corte costituzionale.

La Consulta ha infatti evidenziato come, nell'ambito della disciplina *de qua*, la scelta dell'uomo, di procedere o meno alla crioconservazione, avviene in un contesto del quale conosce i dettagli, sia come pro che come contro, rivelandosi pertanto consapevole; dato del resto confermato da quanto richiesto a tal fine dall'art. 6, prima menzionato.

I Giudici hanno altresì ricordato che, in base all'art. 1, comma 1, del decreto del Ministro della giustizia e del Ministro della salute 28 dicembre 2016, n. 265 (Regolamento recante norme in materia di

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40), tra gli "elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato" viene espressamente indicata la "possibilità di crioconservazione degli embrioni in conformità a quanto disposto dall'articolo 14 della legge n. 40 del 2004 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009" – oltre che, ovviamente, la possibilità di revocare il consenso solo "fino al momento della fecondazione".

Per tali ragioni, le informazioni che il medico deve fornire devono avere ad oggetto tutte le conseguenze del vincolo derivante dal consenso espresso, investendo così sia l'ipotesi di una possibile discrasia temporale tra la fecondazione e l'impianto, sia l'eventualità che questo avvenga quando, nelle more, sono venute meno le iniziali condizioni di accesso alla procreazione medicalmente assistita.

Va altresì precisato che il consenso prestato ai sensi dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 ha una portata diversa e ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla mera nozione di "consenso informato" al trattamento medico, in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio.

In questa prospettiva il consenso, manifestando l'intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis.*

È significativo, infatti, che l'art. 8 stabilisca che «[i] nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6, e che l'art. 9 preveda un duplice divieto: da un lato, quello di disconoscimento della paternità nel caso della PMA eterologa, così configurando una "ipotesi di intangibilità dello" (ordinanza n. 7 del 2012), e, *ex lege status* dall'altro, quello di anonimato della madre. Tali norme mettono in evidenza che il consenso dato alla pratica della procreazione medicalmente assistita, il quale diviene irrevocabile dal momento della fecondazione dell'ovulo, comporta una specifica assunzione di responsabilità riguardo alla filiazione, che si traduce nella attribuzione al nato – a prescindere dalle successive vicende della relazione di coppia – dello *status filiationis*».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Non va poi dimenticato un altro profilo di fondamentale importanza: il consenso manifestato dall'uomo alla procreazione medicalmente assistita determina il coinvolgimento di altri interessi costituzionalmente rilevanti della donna.

Basti, del resto, sol pensare che quest'ultima nell'accedere alle tecniche in oggetto «è coinvolta in via immediata con il proprio corpo, in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo».

È lei, infatti, a dover esser sottoposta a cicli di stimolazione ovarica, che potrebbero comportare l'insorgenza di patologie, anche gravi.

Non solo: ottenuto esito positivo della terapia è, per ovvie ragioni, sempre la donna a dover essere sottoposta al prelievo dell'ovocita, praticato in anestesia generale, giungendo poi in brevissimo tempo alla fecondazione. In sostanza, per poter accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «la donna mette a disposizione «la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni. Corpo e mente della donna sono quindi inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero. A questo investimento, fisico ed emotivo, che ha determinato il sorgere di una concreta aspettativa di maternità, la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale. L'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna – coinvolta, come si è visto, in misura ben maggiore rispetto all'uomo – dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione»[16].

E non potrebbe che giungersi a simile conclusione sol se si pensi che le medesime considerazioni hanno condotto alla scelta da parte del Legislatore di rendere la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, non lasciando spazio alla volontà del padre del concepito.

[16] Corte Cost., 161 del 2023, cit.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Scelta ritenuta più che razionale in ragione dell'evidente incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna.

5. *L'intervento della Corte costituzionale*

In conclusione, in base a quanto finora detto e ricordato, i Giudici della Consulta non hanno rilevato profili di irragionevolezza in relazione alla paventata compressione della libertà di autodeterminazione dell'uomo, avendo cura peraltro di precisare che, se di diverso bilanciamento si necessita, si tratta pur sempre di bilanciamento da dover esser operato a monte dal legislatore nelle aule a tal fine deputate e non in quelle giudiziarie.

La Corte costituzionale ha dunque riconosciuto pienamente legittimo il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore nel censurato art. 6, comma 3, ultimo periodo, della l. n. 40/2004.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Lilly Mingione

Il danno ambientale tra disciplina vigente e nuove prospettive rimediali: un confronto tra Francia e Italia*

Sommario: 1. La nozione europea di "danno ambientale". – 2. Il contesto francese: *focus* sul "danno ecologico puro". – 3. Il contesto italiano: la questione della legittimazione attiva per il risarcimento del danno ambientale. – 4. Ambiente e interessi comuni. – 5. Quali prospettive di tutela dell'ambiente? Il ruolo della dottrina: dalla soggettivazione della Natura alla titolarità c.d. "trans-soggettiva".

1. *La nozione europea di "danno ambientale"*

Tutelare l'ambiente attraverso la responsabilità e la partecipazione attiva è la chiave di lettura con la quale affrontare l'attuale crisi ambientale, resa sempre più evidente dai numerosi disastri che, negli ultimi anni, turbano improvvisamente la vita quotidiana[1].

Discutere di danno ambientale implica che ne venga offerta anzitutto una definizione. Il "danno ambientale", come è noto, è definito a livello europeo dall'articolo 2 della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale[2], che lo considera «un mutamento negativo

* Il contributo, con l'aggiunta di note, riproduce la relazione al convegno "Costituzione, ambiente e culture giuridiche" nell'ambito della II sessione "La crisi ambientale fra politica e diritto", Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Caserta, 18 luglio 2022.

[1] Cfr., fra gli altri, L. Butti, Attribution science: *la scienza che studia il possibile nesso tra alcuni eventi meteorologici estremi e il riscaldamento globale*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», n. 32, 2022, p. 1 ss. Sulla inscindibilità della crisi ambientale (anche) da quella climatica, espressione di un'unica emergenza sanitaria globale, cfr. ora Aa.Vv., *Time to treat the climate & nature crisis as one indivisible global health emergency*, in «Indian Journal of Medical Research», 25 ottobre 2023, p. 1 ss.

[2] Cfr. B. Pozzo, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», vol. 21, n. 1, 2006, pp. 1-17.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente»; definizione che i vari codici ambientali nazionali hanno successivamente riprodotto in maniera più o meno fedele[3].

Al centro dell'analisi che si propone in questa sede, tuttavia, non si inserisce la disciplina sul danno ambientale in generale[4], quanto il particolare profilo della legittimazione all'azione risarcitoria che, alla luce della comparazione tra due ordinamenti europei quali la Francia e l'Italia, sembra suggerire per quest'ultimo interessanti spunti utili al fine di rimodellare il vigente sistema di tutela in chiave collettiva e intergenerazionale.

2. *Il contesto francese:* focus *sul "danno ecologico puro"*

In Francia, il recepimento della direttiva 2004/35/CE è avvenuto con l'adozione di due atti: la legge 2008-757 del 1° agosto 2008 ed il decreto 2009-468 del 23 aprile 2009, conformando il *Code de l'environnement*, già adottato nel 2000, alla normativa europea sulla responsabilità ambientale, i cui principi di prevenzione, di precauzione e del "chi inquina paga" trovano diretto riscontro a livello costituzionale grazie all'adozione della famosa *Charte de l'environnement* inserita nel Preambolo della Costituzione del 1958 per mezzo della legge costituzionale 2005-205 del 1° marzo 2005[5].

Ma la sensibilità posta nei confronti della tematica risalta con evidenza considerando il richiamo operato dal *Code civil* del 1804 al "danno ecologico"[6]. Occorre a tal proposito fare qualche passo

[3] La definizione è infatti ripresa dall'articolo 300 del Codice dell'ambiente italiano e dall'articolo l. 161-1 del *Code de l'environnement* francese.

[4] Per un approfondimento cfr. A. Russo, *L'Europa e la responsabilità ambientale. Uno studio comparato*, in *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet»*, ESI, Napoli, 2018.

[5] Sul punto cfr. M. Zinzi, *La* Charte de l'Environnement *francese tra principi e valori costituzionali. Profili di diritto comparato*, in *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet»*, ESI, Napoli, 2011. Sulla costituzionalizzazione del valore ambientale in prospettiva comparativa estesa ad altre esperienze giuridiche cfr. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022.

[6] Cfr. B. Ménard, N. Rias, *Le préjudice écologique*, in «Revue générale de droit», vol. 50, n. 2, 2020, pp. 397-406.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

indietro. Risale al dicembre 1999 il naufragio della nave petroliera *Erika*[7] che, partita da Dunkerque e diretta verso Livorno, si spezzò in due al largo della Bretagna, con conseguente dispersione in mare di tonnellate di olio combustibile pesante provocando ingenti danni ambientali, in particolare alle coste francesi ed alle specie marine. Nell'ambito della relativa causa, promossa da diverse associazioni ambientaliste, la Corte d'Appello di Parigi, con la sentenza del 30 marzo 2010, n. 08/02278, ammetteva la possibilità di richiedere il risarcimento del cosiddetto "*préjudice écologique pur*", vale a dire:

> qualsiasi danno significativo all'ambiente naturale, […] in particolare, all'aria, all'atmosfera, all'acqua, al suolo, alla terra, ai paesaggi, ai siti naturali, alla biodiversità e all'interazione tra questi elementi, che non ha ripercussioni su un particolare interesse umano ma incide su un legittimo interesse collettivo.

L'orientamento veniva successivamente confermato in Cassazione, con la sentenza del 25 settembre 2012, n. 10-82.938, ed accolto dal Legislatore francese mediante la riforma attuata con la legge n. 1087 dell'8 agosto 2016 ("Legge per la riconquista della biodiversità, della natura e dei paesaggi"), a seguito della quale l'articolo 1247 del *Code civil* attualmente recita: «[è] riparabile, alle condizioni previste nel presente titolo, il danno ecologico costituito da un danno non trascurabile agli elementi o alle funzioni degli ecosistemi o ai benefici collettivi tratti dall'uomo dall'ambiente».

Il dato da non trascurare è che la possibilità di contestare il *préjudice écologique* prescinde dalla ripercussione su un interesse particolare di coloro i quali intendano attivare la tutela giurisdizionale, ma si rivolge all'ambiente in sé considerato. Motivo per il quale andrebbe tracciata una distinzione tra l'azione connessa al "*préjudice ecologique pur*" ed i "*préjudices individuels dérivés*", per i quali è esperibile la cosiddetta "*action de groupe*"[8] di cui all'articolo L-142-2 del *Code*

[7] Cfr. S. Robert, *L'Erika: responsabilités pour un désastre écologique,* Pedone, Parigi, 2003. Per un commento alla sentenza di primo grado cfr. B. Pozzo, *Il caso Erika ed il risarcimento del danno ecologico nell'ordinamento francese (Tribunal de Grande Instance de Paris, 11° Chambre, 4° Section, 16 gennaio 2008*), in «Rivista giuridica dell'ambiente», vol. 23, n. 5, 2008, pp. 887-898.

[8] Al riguardo si segnala lo studio condotto dal *Centre Européen de la Consom-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

de l'environnement, inizialmente introdotta in Francia dall'articolo 1 della legge n. 2014-344 del 17 marzo 2014 a tutela del consumatore e, successivamente, estesa anche alla materia ambientale. La necessità di tutelare l'ambiente da un danno che possa incidere su un "legittimo interesse collettivo" giustificherebbe, invece, l'ampio spettro dei soggetti legittimati all'azione ai sensi dell'articolo 1248 del *Code civil*, nonché dell'articolo l. 142-1 del *Code de l'environnement*, dallo Stato ai gruppi di individui, alle associazioni aventi ad oggetto la protezione della natura e la difesa dell'ambiente, configurando un vero e proprio modello di tutela ambientale attivabile "dal basso"[9].

Contrariamente a quanto spesso si possa temere, il descritto modello di tutela ambientale francese non è rimasto "sulla carta": esso ha ricevuto una concreta applicazione nell'ambito del famoso "*affaire du siècle*"[10] ove, con le storiche sentenze del Tribunale amministrativo di Parigi del 3 febbraio 2021 e del 14 ottobre 2021, il Governo francese veniva giudicato responsabile per il mancato adempimento degli obblighi di riduzione delle emissioni derivanti dall'Accordo di Parigi del 2015 e, di conseguenza, condannato proprio al risarcimento dei *préjudices écologiques* (configurando una fattispecie di "danno all'ambiente" da "cambiamento climatico"[11]) in favore delle quattro

mation, *L'action de groupe en France: une volonté européenne*, p. 1 ss., disponibile *online* all'indirizzo *www.cec-zev.eu*.

[9] Il ruolo assegnato alla partecipazione della collettività nella tutela ambientale è un tratto tipico dell'ordinamento francese che connota anche, e soprattutto, la fase di tutela *ex ante*, dalla *Loi Barnier* del 1995 sul noto strumento del *débat public* (solo negli ultimi quattro anni in lenta affermazione anche nell'ordinamento italiano) alla più recente adozione della *Charte de la participation du public* del 2016.

[10] Cfr. C. Cournil, *«L'affaire du siècle» devant le juge administrative. Les ambitions d'un des premiers futurs recours «climat» français*, in «AJDA», n. 8, 2019, p. 437 ss. Si consulti altresì *Notre Affaire à Tous and Others v. France*, disponibile *online* all'indirizzo *https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/*.

[11] Del resto, sull'innegabile nesso tra le due categorie sembra invitare a riflettere la stessa Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 la quale, prima ancora di offrire, all'articolo 1, paragrafo 2, la definizione di «cambiamento climatico» come «qualsiasi cambiamento di clima attribuito direttamente o indirettamente ad attività umane, il quale altera la composizione dell'atmosfera mondiale e si aggiunge alla variabilità naturale del clima osservata in periodi di tempo comparabili», menziona, al paragrafo 1, gli «effetti negativi dei cambiamenti climatici», vale a dire «i cambiamenti dell'ambiente fisico o della vita animale e vegetale dovuti ai cambiamenti climatici, che

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

associazioni ambientaliste che agivano in giudizio; risarcimento[12] in ogni caso destinato al risanamento ambientale come, del resto, vuole l'articolo 1249 del *Code civil*.

3. *Il contesto italiano: la questione della legittimazione attiva per il risarcimento del danno ambientale*

Si rammenta che una *climate change litigation* è pendente anche in Italia[13]. Il 5 giugno 2021 l'associazione A Sud agiva dinanzi al Tribunale civile di Roma contro lo Stato italiano per ragioni analoghe a quelle sollevate nel caso francese, tra le quali l'inerzia del Legislatore nel fronteggiare l'emergenza ambientale e climatica. Tuttavia, nel corso della prima udienza tenutasi il 14 dicembre 2021 l'Italia rilevava, fra l'altro, l'assenza di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti[14].

hanno rilevanti effetti deleteri per la composizione, la capacità di recupero o la produttività di ecosistemi naturali e gestiti per il funzionamento dei sistemi socioeconomici oppure per la sanità e il benessere del genere umano».

[12] Con funzione visibilmente deterrente e sanzionatoria (non propriamente punitiva), oltre che riparatoria: la Francia veniva condannata al pagamento della simbolica somma di un euro per ciascuna associazione ambientalista, a testimonianza della impossibilità di trasformare il ricorso in un mezzo finalizzato a conseguire un vantaggio personale. Sulla pluralità di funzioni realizzate attraverso la responsabilità civile cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. Vol. IV. Attività e responsabilità*, ESI, Napoli, 2020, p. 324 ss.

[13] Cfr. *A Sud et al. v. Italy*, disponibile *online* all'indirizzo *https://climatecasechart.com/non-us-case/a-sud-et-al-v-italy/*.

[14] Il limite della legittimazione attiva è stato riconosciuto dagli stessi ricorrenti nella recentissima causa contro la multinazionale ENI, promossa il 9 maggio 2023, a riprova del fatto che questione ambientale e questione climatica non possono essere nettamente distinte ma, al contrario, necessitano su questo fronte "pratico" di una soluzione comune: si legga l'atto di citazione consultabile all'indirizzo *online https://www.greenpeace.org/static/planet4-italy-stateless/2023/05/e6c118f5-media-briefing-atto-di-citazione_def.pdf*, ove essi, seppur costituitisi in associazioni, «non chiedono il risarcimento del danno ambientale in quanto tale – non competenza dei suddetti enti, ma del Ministero dell'ambiente – bensì, essendo [o meglio, dovendo dimostrare di essere stati] danneggiati dalle condotte lesive di ENI per quanto riguarda la loro salute, nei beni di loro proprietà e nella loro sfera funzionale, [si definiscono, alla luce degli strumenti a loro disposizione tutt'altro che agevoli, come si analizzerà a breve] legittimati direttamente ad agire in giudizio nei confronti dei soggetti responsabili ai fini del ristoro dei danni».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In effetti, lo studio comparato della disciplina sul danno ambientale consente di cogliere notevoli differenze tra i due ordinamenti messi a confronto.

Al di là della discussa definizione di "danno ambientale" contenuta nell'articolo 300 del Codice dell'ambiente[15], è nota l'assenza nel Codice civile del 1942 di una disposizione concernente il "danno ecologico". Tale constatazione non sorprende, considerato il lungo silenzio avvertito addirittura a livello costituzionale[16], almeno fino alla recente riforma attuata con legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 relativa agli articoli 9 e 41 della Costituzione del 1948[17] allo scopo di inserire un esplicito richiamo all'obiettivo della tutela dell'ambiente fino ad allora ricavato dall'attività interpretativa della giurisprudenza e della dottrina[18].

Ritenendo, tuttavia, che una effettività della tutela enunciata si possa realizzare ponendo attenzione anche al momento "rimediale", data la difficoltà degli Stati di prevenire *in toto* il verificarsi di un danno ambientale, occorre verificare la sussistenza di strumenti idonei con i quali soggetti non statali possano contestare il danno ambientale. Ed è qui che emergono le criticità: per comprendere tale punto di vista, sia consentito di procedere con ordine.

[15] Cfr. L. Aristei, *La disciplina del danno ambientale nel d.lgs. n. 152 del 2006. Criticità e spunti di riflessione*, in «Amministrazione in cammino», f. 1, 2020, p. 1 ss.

[16] Si rammenta che soltanto a seguito della riforma del Titolo V attuata con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" entrava per la prima volta in Costituzione ma solo in quanto competenza esclusiva dello Stato (articolo 117, comma 2, lettera s), Cost.).

[17] A seguito della legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", l'articolo 9 della Costituzione sancisce ora che «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», mentre l'articolo 41 è, attualmente, così formulato: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, alla salute, all'ambiente. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

[18] Per un approfondimento cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

La disciplina sul danno ambientale veniva introdotta in Italia dalla legge n. 349 dell'8 luglio 1986 istitutiva del Ministero dell'ambiente, la quale, all'articolo 18, comma 3, conferiva la possibilità di esperire l'azione risarcitoria del danno ambientale allo Stato e agli enti territoriali. Tale disciplina era integrata dall'articolo 4, comma 3, della legge sugli enti locali n. 265 del 3 agosto 1999, successivamente sostituito dall'articolo 9, comma 3, del decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000, sulla base del quale era riconosciuto il potere delle associazioni ambientaliste di proporre, dinanzi al giudice ordinario, le azioni risarcitorie conseguenti al danno ambientale spettanti al Comune ed alla Provincia, in caso di inerzia di questi. Disposizioni che ora risultano abrogate dall'articolo 318, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 (noto come "Codice dell'ambiente").

Oggi, infatti, la disciplina richiamata è contenuta nell'ambito della Parte Sesta del Codice dell'ambiente attuativo della direttiva 2004/35/CE ove, a norma dell'articolo 311, comma 1, il quale recita «Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale», risalta la volontà del Legislatore di costituire un monopolio pubblico dell'azione, concentrata nelle mani del soggetto statale.

Così, sulla base della disciplina vigente, una associazione che promuova la protezione dell'ambiente, riconosciuta ai sensi dell'articolo 13 della legge 349/1986[19], potrà intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi[20], nonché sollecitare, insieme alle Regioni, alle Province autonome e agli enti locali, alle persone fisiche o giuridiche che vantino un interesse legittimo, l'intervento delle autorità competenti in caso di danno ambientale o di minaccia imminente

[19] Trattasi, cioè, di associazioni a carattere nazionale e presenti in almeno cinque regioni, individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna. Ai sensi dell'articolo 17, comma 46, della legge n. 127 del 15 maggio 1997, tali associazioni sono altresì legittimate all'impugnativa dinanzi al giudice amministrativo degli atti delle Regioni, delle Province e dei Comuni lesivi del diritto ambientale.

[20] Ciò è quanto si deduce dal comma 5 dell'articolo 18 della legge 349/1986, l'unico sopravvissuto alle abrogazioni di cui all'articolo 318 del decreto legislativo 152/2006.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di danno ambientale (articolo 309, comma 1, d.lgs. 152/2006)[21]. Gli stessi soggetti possono, ai sensi dell'articolo 310, ricorrere al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni contenute nella Parte Sesta del Codice dell'ambiente ovvero agire contro il silenzio inadempimento del Ministero. Ma quanto alla possibilità per questi ultimi di esperire l'azione risarcitoria di cui all'articolo 2043 c.c., il sistema fa salvo solo «il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi» (articolo 313, comma 7, d.lgs. 152/2006).

Dal suo canto, la giurisprudenza sembra aver rimarcato i contorni di questo modello di tutela ambientale definibile "a tendenziale accentramento pubblicistico", perché non attivabile "dal basso" se non nella misura corrispondente alla lesione di un interesse particolare. Si rammenta rapidamente la sentenza del 1° giugno 2016, n. 126, con la quale la Corte costituzionale rigettava la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 311, comma 1, del Codice dell'ambiente sollevata l'anno precedente dal Tribunale di Lanusei, definendo lo Stato come l'unico soggetto in grado di soddisfare «l'esigenza di una gestione unitaria» del sistema di tutela ambientale, assegnando allo stesso una funzione meramente riparatoria. Direzione confermata anche dalla Corte di Cassazione, con la sentenza del 20 gennaio 2020, n. 1997, secondo la quale «il cittadino non si deve dolere del degrado dell'ambiente, ma deve far valere una specifica pretesa in relazione a determinati beni»[22], giustificando ancora una volta un modello di tutela ambientale nel quale al soggetto privato non rimane che muoversi entro una logica di azione puramente egoistica.

[21] In tali ipotesi, l'accesso alla giustizia per le suddette associazioni è slegato dall'obbligo di far valere un interesse legittimo: esse, infatti, agiscono in quanto rappresentanti di un interesse cosiddetto "diffuso", vale a dire quell'interesse privo di un «portatore» poiché ad appartenenza generale, e perciò definito «adespota». Al riguardo, si veda: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo. Vol. I*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 113.

[22] Ribaltando la decisione dei giudici di merito (Tribunale di Sulmona, sentenza del 30 maggio 2016; Corte d'Appello de L'Aquila, sentenza del 19 novembre 2018) i quali avevano riconosciuto il risarcimento del danno in favore di un soggetto privato per il fatto che il danneggiante avesse depositato su un terreno poco distante una quantità di rifiuti tale da trasformarlo in una vera e propria discarica, ledendo il suo «diritto al godimento di una natura libera e incontaminata oltre che alla visuale del paesaggio violato».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Ambiente e interessi comuni*

In altra sede, la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza cosiddetta di "San Valentino" del 14 febbraio 2011, n. 3665, esprimeva la necessità di superare quella tradizionale distinzione tra beni pubblici e beni privati basata sul mero profilo della "titolarità" – concetto che, come è noto, riduce l'analisi al mero legame tra il soggetto e la situazione giuridica soggettiva[23] – per operare una nuova classificazione diretta a valorizzare la "funzionalità" dei beni rispetto alla realizzazione di interessi di natura collettiva[24].

I giudici di legittimità accoglievano, in altre parole, la categoria dottrinale dei cosiddetti "beni comuni"[25], definiti in quella proposta di riforma (mancata) del Codice civile presentata nel 2007 dalla Commissione Rodotà come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità»[26]. L'ascrivibilità a tale campo comporta che determinati beni siano da considerare né pubblici, né privati, ma sia lo Stato, sia i soggetti privati sono chiamati a tutelare di là da ogni interesse appropriativo[27].

[23] P. Perlingieri, P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., ESI, Napoli, 2004, p. 130.

[24] Per un commento alla sentenza cfr. G. Carapezza Figlia, *I "beni comuni" fra promozione della persona e funzione sociale della proprietà (Cass. Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665),* in G. Perlingieri, G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza*, *Crestomazia di decisioni giuridiche*. *Vol. II*, ESI, Napoli, 2012, pp. 237-256.

[25] Sul tema cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

[26] Più precisamente, si legge nel disegno di legge delega per la modifica del Codice civile in materia di beni pubblici (S. 2031 - XVI legislatura) che «[n]e fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali». Ancora una volta, il confronto con l'ordinamento francese non smentisce, sussistendo nel *Code civil* l'espressa previsione secondo la quale «[e]sistono cose che non appartengono a nessuno ed il cui uso è comune a tutti» (articolo 714).

[27] Un utile *excursus* di carattere storico sulla partecipazione collettiva alla gestione del bene "comune" già anni addietro è offerto da A. Dani, *Le risorse naturali come beni comuni*, Edizioni Effigi, Arcidosso, 2013.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

L'errore nel quale, invece, taluni studiosi sembrano cadere[28] è quello di continuare ad aderire a quella visione secondo la quale soltanto lo Stato rappresenti il soggetto chiamato alla attuazione dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale[29], ed in particolare di quello ambientale; orientamento oramai confutabile se si guarda – non solo ai nuovi articoli 9 e 41 Cost. ma – al già sancito principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, comma 4, della Carta costituzionale, ai sensi del quale «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». Il medesimo Codice dell'ambiente, nel sancire il principio dell'azione ambientale, dispone all'articolo 3-*ter* che «[l]a tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private»[30]. Del resto, già nel 1998 gli stessi Stati, nell'istituire i tre "pilastri" della democrazia ambientale (quali l'accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione nei procedimenti e l'accesso alla giustizia), partendo dal presupposto secondo il quale ogni persona ha «il diritto di vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere e il dovere di tutelare e migliorare l'ambiente, individualmente o collettivamente, nell'interesse delle generazioni presenti e future» riconoscevano espressamente nel Preambolo della Convenzione Aarhus[31] «l'importante ruolo che i

[28] La stessa giurisprudenza di San Valentino appena citata appare criticabile nella parte in cui sembra utilizzare il richiamo alla realizzazione degli interessi fondamentali della collettività quale mero criterio di attribuzione della natura "demaniale" al bene immobile oggetto della controversia, ritornando sul profilo "statico" della titolarità.

[29] Cfr. invece, fra i numerosi scritti sul punto, P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti civilistici*, in «Rassegna di diritto civile», 1980, p. 95 ss.

[30] Sul legame tra i due principi richiamati, nonché sulla necessità di costruire un modello di *governance* ambientale informato alla cooperazione pubblico-privato, cfr. F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in «Il Diritto processuale amministrativo», n. 1, 2015, pp. 413-456; A. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in «Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente», n. 3, 2015, p. 23 ss.

[31] Cfr. R. Ionta, *Il paradigma di Aarhus. Interesse meta-individuale, potere diffuso e processo*, in «GiustAmm.it», n. 5, 2015, p. 40 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

singoli, le organizzazioni non governative e il settore privato possono svolgere ai fini della tutela dell'ambiente».

Non si può che sostenere, a questo punto, la necessità di rivalutare il ruolo che, in via diretta, può e deve essere giocato anche "dal basso" nella battaglia contro la lesione – ancor prima che dei diritti individuali[32] – dell'ambiente quale bene funzionale allo «sviluppo della persona e degli esseri senzienti in un equilibrato sistema di vita terrestre»[33], nel preminente interesse "di tutti e di nessuno"[34] in particolare.

5. *Quali prospettive di tutela dell'ambiente? Il ruolo della dottrina: dalla soggettivazione della Natura alla titolarità c.d. "trans-soggettiva"*

Riconoscere la sussistenza di nuovi interessi connessi alla salvaguardia dell'ambiente, della collettività e delle future generazioni fa sorgere inevitabilmente una domanda: quale azione a tutela degli stessi[35]? Il pensiero giuridico contemporaneo, nel tentativo di fornire una risposta alla

[32] Da riconoscere, ciononostante, è il passo in avanti che il Legislatore ha inteso compiere attraverso la recente riforma avvenuta in materia di azioni di classe mediante la legge n. 31 del 12 aprile 2019 entrata in vigore il 19 maggio 2021, con la quale la disciplina – precedentemente contenuta nel Codice del consumo – ha trovato posto nell'ambito del Codice di procedura civile del 1942. La conseguenza significativa è che, caduta la qualifica di "consumatore" in capo al danneggiato, tutti «[i] diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe» (articolo 840-*bis*), con la possibilità di abbracciare anche quelle ipotesi nelle quali si sia verificato un illecito di natura ambientale, così come avvenuto per *l'action de groupe* francese. Sembra, tuttavia, che l'omesso riferimento agli «interessi collettivi», precedentemente accolti dall'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, voglia costituire un limite alla configurazione di un modello di tutela ambientale attivabile nel momento in cui un danno ecologico possa incidere su un "legittimo interesse collettivo", ritornando sulla categoria dalla quale son state prese le mosse e oggetto di questo studio.

[33] P. Perlingieri, *Spunti in tema di tutela dell'ambiente*, in «Legalità e giustizia», 1989, p. 136.

[34] Cfr. A. Ciervo, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in «Questione Giustizia», n. 2, 2017.

[35] La problematica è accuratamente affrontata – con riferimento alla tutela dell'ambiente e non solo – da R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene Editore, Napoli, 2008, ove vengono altresì condivise le critiche sollevate dalla dottrina in merito al problema della legittimazione attiva in tale settore che investe l'ordinamento italiano (cfr. *Ivi*, pp. 675-754).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

questione, comincia ad essere colorato da affascinanti teorie favorevoli ad un vero e proprio riconoscimento della soggettività giuridica in capo ad entità non (o non ancora) umane[36], così come realtà diverse dimostrano[37].

Tuttavia, il riferimento al quadro giuridico francese suggerisce a parere di chi scrive già una soluzione, e cioè che è possibile ottimizzare il livello di tutela ambientale senza necessariamente passare per la strada della "soggettività" – scelta sicuramente interessante ma che sembra trattarsi, almeno se trasposta in questo contesto, di una mera formalità, la quale necessita in ogni caso di essere correlata alla individuazione di soggetti (umani) che assumano la veste di "guardiani"[38] – agendo direttamente sul vero problema: la legittimazione attiva.

La questione ambientale ha così messo in crisi quello schema mentale entro il quale il giurista è, da tempo, abituato a ragionare: essa chiede di superare le categorie tradizionali per adottare soluzioni nuove, ma senza con le prime rompere. Più aderente all'esperienza storico-culturale presa in esame appare quella dottrina che da alcuni anni propone il riconoscimento di una titolarità «trans-soggettiva»[39] affiancante quella soggettiva. Seguendo tale direzione, piuttosto che dividersi nel

[36] Cfr. G. Alpa, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della natura come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n. 11, 2020, pp. 19-34.

[37] Cfr., fra gli altri, S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in «Visioni Latinoamericane», n. 10, 2014, pp. 25-39; P. Brunet, *L'écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie)*, in Marie-Anne Cohendet (a cura di) *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare et Martin, Paris, 2021, p. 1 ss.

[38] Cfr. C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in «Southern California Law Review», vol. 45, n. 2, 1972, p. 464.

[39] P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst (a cura di), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Mohr, Tübingen, 2018, p. 343 ss.; Id., *Il civile senso dell'autonomia*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», *Ideologie e tecniche della (ri)codificazione del diritto privato*, vol. 25, n. 1, 2019, p. 1 ss. La tesi è ripresa in Y. Thomas, J. Chiffoleau, *L'istituzione della natura (a cura e con un saggio di Michele Spanò)*, Quodlibet, Macerata, 2020, ove si legge che «[i] diritti trans-soggettivi sono i contro-diritti del molteplice non personificato né patrimonializzato: non un soggetto dotato di diritti – *un soggetto di diritto perché dotato di diritti soggettivi* – ma una forma di vita che isola un fascio di interessi che non sono né particolari né generali, ma che, insorgendo, spezzano la forma logica dell'individuale e comandano una tutela all'altezza della loro morfologia» (*ivi*, p. 124).

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

dibattito "Natura come oggetto o come soggetto di diritti?" sarebbe sufficiente riformulare la disciplina vigente nel senso di ammettere che tutti i soggetti, pubblici e privati, possano fungere da canale attraverso il quale far transitare una richiesta di portata generale, e così l'eventuale risarcimento da destinare – apprendendo ancora dall'esperienza francese – a beneficio della collettività, in nome di un principio solidaristico (art. 2 Cost.) da sempre vincolante nei rapporti giuridici, oggi ravvivato nell'ottica intergenerazionale (articolo 9 Cost.)[40].

La tutela ambientale acquisisce effettività soltanto nell'intreccio di azioni pubbliche, dall'alto, e di azioni private, dal basso[41]: da qui, non occorre che iniziare a demolire quelle mura costruite sul confine dell'interesse particolare per bussare, finalmente, alle porte della giustizia.

[40] Non è difficile intuire come, nell'ottica di chi scrive, non appaia condivisibile la tesi secondo la quale la tutela dagli effetti intergenerazionali riguardi soltanto il cambiamento climatico, relegando la disciplina sul danno ambientale ad un sistema chiuso, settorialmente operante, con effetti definiti e limitati nel tempo: se così fosse, non si comprenderebbe la ragione per la quale il legislatore si sia preoccupato di inserire, proprio nel Codice dell'ambiente del 2006, due clausole di salvaguardia delle future generazioni. La prima è costituita dall'articolo 3-*quater*, comma 1, il quale, nell'accomunare la molteplicità dei settori di riferimento (difesa del suolo ed alla tutela delle acque, gestione dei rifiuti e bonifica di siti inquinati, riduzione delle emissioni atmosferiche, particolari installazioni) afferma che «[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, 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 seconda è dettata in materia di tutela e uso delle risorse idriche: ai sensi dell'articolo 144, comma 2, «[l]e acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

[41] L'analisi civilistica delle problematiche ambientali non può, tuttavia, limitarsi ai rimedi emergenti *ex post*, enfatizzando una "responsabilità" declinata nell'ottica del danno già cagionato: non va, infatti, trascurato il primario senso di "responsabilizzazione" che, accanto all'attività statale e a quella dei singoli in queste pagine brevemente trattata, dovrebbe connotare anzitutto le imprese multinazionali quali soggetti privati vincolati *ex ante* a rispettare i diritti umani nell'espletamento di attività economiche a livello transnazionale, ancor prima di cadere nell'illecito, ancorché non siano destinatari di *standards* necessariamente scritti, e indipendentemente dalla produzione di un giudizio di responsabilità. Il punto è stato affrontato dettagliatamente in altra sede con riferimento al caso *Shell*: sia pertanto consentito il rinvio a L. Mingione, Environmental accountability *e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico*, in «Federalismi.it», Focus *Human Rights*, n. 2, 2023, pp. 215-227.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Giovanni Luca Montesarchio

La cooperazione di credito: aspetti storico-evolutivi e regolamentari

Sommario: 1. Premessa. La nascita e l'affermazione della cooperazione di credito. – 2. Aspetti storico-evolutivi del quadro normativo delle banche cooperative. – 3. L'emanazione del Testo unico bancario del 1993 e le riforme successive. – 4. Vantaggi e svantaggi del modello mutualistico. – 5. Profili distintivi delle banche di credito cooperativo.

1. *Premessa. La nascita e l'affermazione della cooperazione di credito*

Nella realtà creditizia italiana, oltre alle banche tradizionali, sono disciplinate le banche di credito cooperativo (nel prosieguo anche "BCC"), ossia banche che operano in un territorio definito e sono costituite da soci persone fisiche o giuridiche espressione delle comunità di riferimento. Tali soggetti bancari hanno uno scopo tipicamente mutualistico, cioè erogano il credito prevalentemente nei confronti dei soci promuovendo, in questo modo, la crescita e lo sviluppo sociale ed economico delle realtà locali.

Una conferma del loro ruolo strategico viene dall'analisi economica, la quale ha dimostrato come le banche cooperative presentino una *performance* migliore o analoga a quella delle banche s.p.a., soprattutto quando riescono a organizzarsi in strutture di coordinamento efficienti[1]. Ne consegue che le banche cooperative vanno considerate, sul piano normativo e fattuale, come una risorsa essenziale da utilizzare e far sviluppare, essendo sensibilmente diverse dal modello tradizionale di banca il quale, nelle fasi crisi, si è rivelato vulnerabile e foriero di criticità.

[1] G. Rotondo, *La cooperazione di credito tra crisi e mutualità. Un modello alternativo per l'impresa bancaria*, Napoli, 2018, p. 39 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Per altro verso, si deve ammettere al contempo che la globalizzazione e l'evoluzione tecnologica tendono a ridurre le distanze operative e informative tra gli operatori creditizi e di mercato, motivo per cui anche il modello della BCC si deve evolvere per cogliere i cambiamenti provenienti dal contesto socio-economico. Ciò implica che al radicamento territoriale e all'elemento personalistico deve accompagnarsi un rafforzamento al sostegno della crescita economica del territorio, attraverso la conoscenza e l'analisi delle iniziative imprenditoriali, anche innovative, del tessuto imprenditoriale locale[2].

Tanto premesso, nella prima parte di questo lavoro si prenderà in considerazione l'evoluzione storica del modello di sviluppo del credito cooperativo che nasce in Germania nell'Ottocento per poi svilupparsi in tutti i Paesi europei fino ad arrivare in Italia sulla spinta di motivazioni etiche e cristiane.

Si procede poi all'analisi del passaggio dalle casse rurali ed artigiane alle BCC, mettendo in evidenza soprattutto le modifiche introdotte dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia (in seguito anche "TUB") e dalla legge n. 49 dell'8 aprile 2016. La riforma del sistema bancario ha previsto la presenza di un modello bancario basato sulla democrazia economica, la partecipazione, la ricerca di un vantaggio collettivo e non più incentrato solo sul profitto e la speculazione. Inoltre, l'aggregazione in una struttura di gruppo che, successivamente, è stata individuata come soluzione operativa obbligata per la cooperazione di credito in Italia, potrebbe considerarsi come uno strumento concreto di sviluppo della mutualità.

Da ultimo, si prende in considerazione l'attuale organizzazione delle BCC e lo scenario macroeconomico in cui operano le stesse evidenziando come, oltre ad offrire tutti i servizi bancari, e finanziari, esse siano orientate al perseguimento di finalità sociali e al bene comune attraverso il finanziamento di progetti che vanno dalla tutela dell'ambiente, al risparmio energetico e all'utilizzo consapevole delle risorse disponibili.

[2] A. Finocchiaro (a cura di), *Globalizzazione e localismo: ruolo delle banche di credito cooperativo nello sviluppo delle piccole e medie imprese*, in *Banca, Impresa, Risparmio: bcc e pmi strategie vincenti per crescere insieme*, Sesto San Giovanni, 2002, p. 13.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. *Aspetti storico-evolutivi del quadro normativo delle banche cooperative*

Quella delle banche di credito cooperativo è una storia lunga più di un secolo, infatti il fondatore della moderna cooperazione di credito è stato, nel 1844, il giurista tedesco Friedrich Wilhelm Raiffeisen che patrocinò la creazione di casse rurali ed artigiane provviste di capitale sociale diviso in azioni di grosso taglio e dirette a erogare prestiti non solo ai soci, ma anche a persone bisognose purché meritevoli di fiducia, al fine di sottrarre dal fenomeno dell'usura le classi più umili che subivano gli squilibri socio-economici prodotti dal processo di industrializzazione e dai meccanismi dell'economia capitalistica di quegli anni[3].

Il modello tedesco si diffuse poi in molti altri Paesi europei e si adattò alle esigenze presenti nei vari territori passando da banche della classe operaia a banche dei piccoli commercianti, dei professionisti, degli artigiani e agricoltori[4].

In Italia, l'origine della cooperazione di credito risale al 1883 ad opera di Leone Wollemborg che, a differenza del modello tedesco, stabiliva che il capitale sociale delle casse rurali fosse diviso in azioni di piccolo taglio e che i prestiti si basassero non solo su titoli cambiari, ma anche sull'onore, purché fossero di ammontare ridotto e di durata limitata (3, 4 o 6 mesi).

Nel decennio successivo la cooperazione si sviluppò soprattutto nel Nord Italia anche grazie alle motivazioni etiche di ispirazione cristiana di Don Luigi Cerutti e all'emanazione della enciclica *Rerum novarum* (1891) da parte del pontefice Leone XIII.

Nei primi anni del Novecento nacque a Brescia la federazione italiana delle casse rurali ed artigiane con funzioni di rappresentanza e tutela delle banche associate, fase che segnò la massima espansione delle casse rurali per poi iniziare a perdere rilievo a causa dell'avversione del regime fascista[5].

[3] M. Salvione (a cura di), *Le banche popolari cooperative nell'ordinamento giuridico italiano ed il quadro comunitario di riferimento settoriale*, in *Le banche cooperative*, Parlamento europeo, Lussemburgo, 1985, p. 1.

[4] J. Rivoire, *Les banques dans le monde*, Presses Universitaires de France, France, 1984, p. 53.

[5] In argomento, si v. Rapporto Federcasse, *L'impronta del credito cooperativo sull'Italia*, 2021, p. 12.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Sul piano legislativo, il primo riconoscimento alla cooperazione si rinviene nella legge n. 656 del 6 giugno 1932[6], ove per la prima volta si legge «società cooperative in nome collettivo aventi per principale oggetto l'esercizio del credito agrario». Si riconosce così la connotazione sostanzialmente mutualistica.

Nel 1937 venne emanato il Testo Unico delle casse rurali ed artigiane (TUCRA) che tuttavia non favorì l'espansione numerica delle casse rurali (già diminuite numericamente durante il periodo fascista), ma le qualificò come società cooperative in nome collettivo aventi per oggetto principale l'esercizio del credito agrario e assoggettate a controlli periodici[7]. Le società, se costituite a garanzia illimitata, dovevano assumere la forma della società in nome collettivo, mentre quelle costituite a garanzia limitata dovevano assumere la forma delle società per azioni, nelle quali il socio, indipendentemente dall'obbligo di versare l'importo delle azioni sottoscritte, è responsabile per il pagamento dei debiti sociali fino a una somma, da determinarsi nell'atto costitutivo, non inferiore in ogni caso a dieci volte l'importo del valore nominale delle azioni sottoscritte[8].

La società poi deve assumere la denominazione sociale di «cassa rurale ed artigiana», il capitale deve essere costituito in denaro e per somma non inferiore a 30.000 lire. Le «casse rurali e artigiane» devono prevalentemente impiegare le loro disponibilità in operazioni a favore di agricoltori o di artigiani, operando preferibilmente con i soci. Le operazioni con non soci non possono eccedere il 40 per cento del complessivo importo delle operazioni compiute. L'assemblea dei soci è tenuta a determinare ogni anno il massimo del fido che la società può concedere ad uno stesso obbligato[9]. L'attività di ciascuna «cassa rurale ed artigiana» è limitata al territorio del Comune nel quale la cassa ha sede.

Un punto di svolta si ebbe nel 1947-1948 con l'emanazione della Costituzione della Repubblica il cui art. 45 riconosceva in Italia il ruolo della cooperazione con finalità mutualistiche.

[6] Art. 1 Ordinamento delle casse rurali ed agrarie,1932.

[7] F. Castiello, *L'evoluzione da casse rurali ed artigiane a banche di credito cooperativo*, in *Codice commentato delle banche di credito cooperativo*, Roma, 1995, p. 94.

[8] Art. 1 e 2, T.U.C.R.A., 1937.

[9] Art. 15, T.U.C.R.A., 1937.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Negli anni Sessanta si costituirono le federazioni locali al fine di rilanciare il modello e l'attività delle cooperative, procedendo altresì alla ristrutturazione delle casse esistenti dotandole di nuove funzioni quali quella di rappresentanza, di tutela e di assistenza sia regionale che interregionale.

Tra il 1973 ed il 1977 si realizzò una più forte integrazione tra cooperazione di credito e altri comparti mutualistici che permise alle cooperative di effettuare operazioni di *leasing* immobiliare e mobiliare.

3. *L'emanazione del Testo unico bancario del 1993 e le riforme successive*

In questo percoso evolutivo, una svolta radicale avviene nel 1993 con l'emanazione del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Il TUB sanciva il mutamento di denominazione da casse rurali e artigiane a banche di credito cooperative e il superamento della specializzazione nei settori dell'agricoltura e dell'artigianato senza rinunciare però alla tradizionale connotazione mutualistica e localistica[10].

In particolare, la cooperazione viene disciplinata dagli artt. 28 e dal 33 al 37-*ter*. Le banche adottano la forma giuridica di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata. Le principali caratteristiche della disciplina introdotta dal TUB (come modificata nel corso del tempo) sono:

– il cambiamento nella denominazione: si è passati da «casse rurali e artigiane» a «banche di credito cooperativo» (BCC),

– è venuto meno il criterio dell'appartenenza dei soci a specifici settori economici, con lo scopo di consentire una più agevole e diffusa partecipazione al capitale sociale da parte della comunità geografica di riferimento;

– il numero minimo di soci è pari a 200 e ciascuno di essi non può detenere una partecipazione nominale superiore a 50.000 euro;

– il valore nominale delle azioni non può essere superiore a 500 euro, né inferiore a 25;

– si vota per testa e non in base all'entità della partecipazione;

[10] A. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

– l'ingresso di un socio avviene solo successivamente alla delibera degli amministratori e su esplicita domanda dell'interessato;

– sono soci cooperatori i soggetti residenti nella zona di competenza territoriale della banca e soci finanziatori, ai sensi dell'art. 150-*ter*, solo la capogruppo del gruppo bancario a cui la banca è affiliata, i sistemi di garanzia istituiti tra banche cooperative e i fondi mutualistici.

Inoltre, l'attività deve essere esercitata prevalentemente a favore dei soci e, solo qualora sussistano ragioni di stabilità, la Banca d'Italia può autorizzare, per periodi limitati, singole banche a operare prevalentemente a favore di soggetti terzi. Le banche di credito cooperativo devono dichiarare nello statuto la zona geografica di competenza ed è fatto esplicito divieto di acquisire partecipazioni di controllo in altre società bancarie o finanziarie. Ai soci non può essere distribuita una quota superiore al 30% degli utili annuali, dovendo destinare almeno il 70% a riserva e al rafforzamento patrimoniale, oltre che una minima percentuale ai fondi mutualistici e alla promozione e allo sviluppo della cooperazione[11]. In linea con le norme poste dal T.U.B. a tutela della cooperazione mutualistica, una BCC non può trasformarsi in banca di diversa natura al di fuori dai casi previsti dall'art. 36 T.U.B. (divieto che comprende anche la trasformazione di banca popolare). Lo stesso principio si applica anche alle operazioni straordinarie quali scissioni, cessioni di rami d'azienda.

Dal 2000 in poi per le banche cooperative si susseguono diverse novità: anzitutto con l'importante riforma del diritto societario, le BCC sono riconosciute quali cooperative a "mutualità prevalente"; nasce il fondo di garanzia istituzionale con l'obiettivo di tutelare la clientela delle banche cooperative salvaguardando la "liquidità e la solvibilità" delle banche aderenti al fondo.

Nel 2014, in sede europea, si è avviato un profondo percorso riformatore del sistema bancario per rispondere in maniera adeguata ai nuovi contesti di mercato, alla globalizzazione e alle sollecitazioni normative legate all'entrata in vigore dell'Unione bancaria. Si è aperta così una interlocuzione costante tra le banche cooperative, attraverso Federcasse (federazione italiana delle banche di credito cooperativo e

[11] L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, *La riforma delle banche di credito cooperativo: tratti salienti*, in «Diritto ed economia dell'impresa», vol. 16, 2016, pp. 135-212.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

casse rurali), e le diverse autorità politiche ed istituzionali. Al governo italiano viene chiesto di non intervenire autonomamente con una propria riforma delle banche di credito cooperativo, ma di coinvolgerle direttamente in un percorso di rinnovamento. È così stato possibile avviare un utile confronto con il governo e con la Banca d'Italia che ha portato ad elaborare una proposta di contenuti qualificanti e di caratterizzare la riforma in modo coerente con la storia e i tratti distintivi della mutualità bancaria. Contenuti che sono diventati le linee guida della riforma, confluite poi nella legge n. 49 dell'8 aprile 2016.

Tra i punti salienti di questa ennesima riforma vi è l'obbligo per ogni BCC di aderire ad un gruppo bancario cooperativo, gruppi che dovevano sottoporre alla Banca d'Italia il progetto di costituzione entro 18 mesi dall'entrata in vigore delle disposizioni attuative emanate dal ministero dell'economia e delle finanze e dalla stessa Banca d'Italia.

L'introduzione del gruppo bancario rappresenta una nuova forma di aggregazione che serve a ridurre la frammentazione delle BCC[12]. Esso è composto da una società capogruppo avente forma di società per azioni. L'adesione al gruppo bancario cooperativo è condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Per aderire al gruppo bancario cooperativo, le BCC sottoscrivono un contratto di coesione, in base al quale diventano azioniste del capitale della capogruppo rimanendo però titolari dei propri patrimoni e mantenendo gradi di autonomia gestionale in funzione del livello di rischiosità da sviluppare nell'ambito degli indirizzi strategici e degli accordi operativi concordati con la capogruppo medesima. Sulla base di questo contratto, la capogruppo esercita attività di direzione, coordinamento e controllo sulle società appartenenti al gruppo. Il controllo avviene anche facendo riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'U.E.[13] al fine di consolidare i conti. La capogruppo esercita i suoi poteri in modo incondizionato nei confronti di ogni banca affiliata.

L'assetto organizzativo della capogruppo si basa su tre macro ambiti: direzione, coordinamento, indirizzo e controllo; erogazio-

[12] G. Rotondo, *Elementi per una valutazione economico-giuridica della riforma delle banche di credito cooperativo in Italia*, in *Innovazione e diritto*, 2017, p. 25.

[13] G. Rotondo, *La cooperazione*, cit., p. 91

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ne di servizi verso le BCC affiliate e le società del perimetro diretto; svolgimento di attività proprie della capogruppo.

Il numero minimo di soci è innalzato a 500 e ciascuno di essi non può detenere una partecipazione nominale superiore a 100.000 euro[14]. La banca centrale europea è stata chiamata a formulare un parere[15] sulla legge di riforma e ha valutato positivamente il fatto che la capogruppo si doti di sistemi di controllo e poteri volti ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e gestione del rischio, e che la riforma delle banche cooperative costituisce un tassello importante della riforma del sistema bancario.

Con questa riforma emerge un sistema cooperativistico trasformato, caratterizzato da rigore delle politiche creditizie e dal coordinamento della gestione del rischio che per il Legislatore sono elementi fondamentali per garantire la stabilità del sistema[16].

La riforma ha creato le condizioni per attualizzare e rafforzare un modello bancario basato sulla partecipazione, la ricerca di un vantaggio collettivo al fine di continuare a servire adeguatamente le famiglie, le micro, piccole e medie imprese di tutti i settori che pure stanno cambiando ed ha confermato il ruolo mutualistico del credito cooperativo in un contesto normativo e di mercato in profonda evoluzione.

4. *Vantaggi e svantaggi del modello mutualistico*

Lo stato di salute del credito cooperativo è oggi nel complesso soddisfacente; tuttavia, emergono elementi di attenzione sul *business model* delle BCC in quanto esso presenta, evidentemente, sia vantaggi che svantaggi[17].

[14] Su questi aspetti, v. legge n. 49/2016.

[15] In virtù degli artt. 127, par. 4, e 282, par. 5, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 2, par. 1, terzo e sesto, della decisione del Consiglio 98/415/CE1.

[16] M.C. Cardarelli (a cura di), *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 191.

[17] In argomento, si v. O. Butzbach, *Il vantaggio comparativo delle banche cooperative nella letteratura economica*, in A. Giannola, A. Lopes, D. Sarno (a cura di), *Il problema dello sviluppo economico e del suo finanziamento nelle aree deboli*, Roma, 2012, p. 203.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il primo vantaggio deriva dallo statuto mutualistico che non permette la redistribuzione dei profitti agli azionisti sotto forma di dividendo, ma solo il loro reinvestimento al fine di accrescere il capitale, mentre il radicamento territoriale, combinato con il fine mutualistico assicura margini di stabilità dei depositi e costi di finanziamento bassi.

Un altro elemento positivo del modello mutualistico consiste nella capacità di ridurre le asimmetrie informative tramite il *relationship banking*[18], ossia sono disponibili informazioni specifiche sul cliente e sulla redditività dei suoi investimenti grazie alla stretta relazione che si instaura tra la banca e i clienti.

Un ulteriore vantaggio è legato alla *governance* specifica delle BCC, cioè al modello operativo che consiste nel radicamento delle reti di sportello nelle comunità locali che porta all'attuazione di strategie a lungo termine grazie all'approfondita conoscenza del territorio.

Ultima, ma non per importanza è la capacità di ridurre *l'intertemporal risk smoothing*[19] (rischio intertemporale), cioè la capacità di accumulare capitale nelle fasi di crescita e utilizzarlo poi nelle fasi di crisi.

Il modello mutualistico però presenta anche alcune criticità. Il primo è l'esposizione a cambiamenti imprevisti sia in termini di clientela che di territorio (c.d. *shock* asimmetrici) e, il secondo, deriva dalle dimensioni ridotte delle banche che possono incontrare problemi di ripatrimonializzazione in caso di crisi e di attuazione dell'economie di scala.

Vi sono però anche profili di fragilità strutturale connessi alla crescente digitalizzazione. La rivoluzione digitale sta portando a cambiamenti nell'offerta di servizi e prodotti finanziari, nei processi produttivi e nel rapporto con la clientela[20]. Si sta verificando lo spostamento dei prodotti e servizi finanziari tradizionali sui canali *online*, facendo sorgere l'esigenza di ampliare la rete territoriale e ridise-

[18] A.W.A. Boot, *Relationship banking: what do we know?*, in «Journal of Financial Intermediation», 2000, vol. 9, p. 14.

[19] F. Allen, D. Gale, *Financial markets, intermediaries, and intertemporal smoothing*, in «*Journal of political economy*», 1997, p. 525.

[20] Così, C. Barbagallo, *La riforma delle banche di credito cooperative: presupposti e obiettivi*, intervento all'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Napoli, 2018, p. 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

gnare i processi interni contenendo i costi e aumentando l'efficienza. Ciò non significa che le BCC debbano abbandonare la vicinanza alla clientela e il riferimento della territorialità, ma piuttosto che il modello di *business* vada modificato al fine di offrire alla comunità territoriale servizi al passo con i tempi e con l'evoluzione tecnologica.

Nonostante tutto ciò, studi empirici[21] hanno dimostrato che le BCC rispetto alle banche società per azioni presentano un'efficienza migliore, una maggiore redditività e minore rischiosità. In sostanza, la loro presenza nel mercato creditizio contribuisce a rendere più stabile l'intero sistema bancario nazionale.

5. *Profili distintivi delle banche di credito cooperativo*

L'identità e l'essenza del credito cooperativo si sintetizzano, dunque, nel favorire i soci e gli appartenenti alle comunità locali, nelle peculiari caratteristiche di operazioni e servizi di banca, nel perseguimento di progressi morali, culturali ed economici degli stessi, tutto questo promuovendo l'educazione al risparmio e la previdenza nonché la coesione sociale e la crescita responsabile e sostenibile del territorio di appartenenza. Le banche di credito cooperativo si distinguono per il proprio orientamento sociale e per la scelta di costruire il bene comune[22].

Come si è detto, l'attuale organizzazione delle BCC è la risultante delle disposizioni della legge n. 49 dell'8 aprile 2016. In Italia vi sono 238 BCC presenti in 2.580 Comuni e in 102 Province con 4.155 sportelli[23]. In coerenza con quanto stabilito dalla riforma, nel 2019 hanno avviato la propria operatività i due gruppi bancari cooperativi a dimensione nazionale: il gruppo bancario cooperativo Iccrea, cui aderiscono 128 BCC; il gruppo bancario cooperativo cassa centrale banca, cui aderiscono 71 BCC. Ogni BCC partecipa ad un sistema di

[21] Su questi aspetti, v. C. Girardone, P. Molyneux, E.P.M. Gardener, *Analyzing the determinants of bank efficiency: the case of Italian banks*, in *Applied Economics*, 2004, p. 44.

[22] Art. 2 Statuto credito cooperativo, in *Carta dei valori del credito cooperativo*, 1999.

[23] In argomento, si v. Rapporto Federcasse, *op. cit.*, p. 6.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

"garanzia incrociata" di modo che ogni BCC si impegna ad essere garante della solvibilità e della liquidità delle altre banche e del gruppo.

Nel novembre 2020 hanno ottenuto l'autorizzazione della Banca d'Italia le 39 casse Raiffeisen dell'Alto Adige che hanno invece costituito un IPS (*Institutional Protection Scheme*).

Il credito cooperativo italiano è sempre stato all'avanguardia in tema di attenzione alla tutela del risparmio e dei propri soci e clienti. In particolare, la tutela dei depositanti è assicurata dal fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo che garantisce i propri depositanti, ai sensi di legge, per singolo rapporto, nel limite previsto di 100mila euro.

Le BCC nello svolgere la loro funzione di mutualità senza scopo di lucro sostengono anche alcuni Obiettivi dell'Agenda 2030 ONU come il «miglioramento delle condizioni morali, culturali ed economiche dei soci, la promozione dello sviluppo della cooperazione e l'educazione al risparmio ed alla previdenza, nonché la coesione sociale e la crescita responsabile e sostenibile» del territorio nel quale opera».

Inoltre, sostengono anche le priorità del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) come l'inclusione e la coesione, la digitalizzazione, l'innovazione, la competitività e la cultura, l'istruzione e la ricerca[24], e hanno fornito un sostegno importante alle imprese durante il Covid-19 attraverso l'erogazione di nuovo credito sia agevolando la capacità di rimborso, sia attraverso moratorie.

Nel 2021 le BCC hanno finanziato diverse politiche pubbliche, tra cui il progetto *Resto al Sud*, al fine di favorire lo sviluppo di nuove attività imprenditoriali e libere professioni di soggetti di età compresa tra i 18 e i 55 anni in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna, Sicilia.

I soci delle BCC sono 1.374.692[25] e il 30% è costituito da giovani tra i 30 e i 50 anni. Le BCC hanno promosso la costituzione di un gruppo giovani soci e socie al fine di avere una compagine più giovane e con più prodotti dedicati ai giovani.

Sono impegnate anche nel promuovere la parità di genere e la valorizzazione del contributo femminile nel credito cooperativo at-

[24] Su questi aspetti, v. Convegno organizzato dalla federazione BCC Lazio Umbria Sardegna, il 21 marzo 2022 a Roma.

[25] Elaborazioni Federcasse su dati Banca d'Italia, Dicembre 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

traverso lo scambio di *best practices*, l'organizzazione di incontri ed eventi formativi[26].

Nel 2021 è nata la *Casabcc*, un ambiente polifunzionale di promozione, sviluppo e diffusione della cultura cooperativa, di innovazione mutualistica e di formazione tecnica. In essa si trovano la biblioteca nazionale, l'archivio storico nazionale, la scuola cooperativa, il laboratorio d'innovazione delle banche cooperative di comunità. La biblioteca gestisce un patrimonio di oltre diciottomila volumi, riviste, foto, filmati[27].

Le BCC sono attente anche alla tutela ambientale, al risparmio energetico e all'utilizzo consapevole delle risorse. Attraverso il Consorzio *bcc energia*, che promuove l'acquisto di energia proveniente da fonti rinnovabili, sono state risparmiate emissioni per oltre 35 mila tonnellate di CO_2. Grazie al progetto *Bancabosco* dei giovani soci sono stati piantati oltre 1.700 alberi in diciassette località del Paese, come contributo alla riforestazione a sostegno della transizione ecologica. Alcuni interventi sono stati effettuati in *partnership* con Legambiente.

Questo vuol dire che le banche di credito cooperativo oltre ad offrire tutti i servizi bancari finanziari ed assicurativi, al pari delle altre banche, garantiscono anche il perseguimento delle finalità e degli obiettivi fin qui descritti, primi fra tutti il benessere dei soci, lo sviluppo dei territori in cui operano e l'impegno sociale, ambientale ed economico sul territorio nazionale.

[26] Associazione iDEE, *Le parole contano! Come superare gli stereotipi di genere nel linguaggio degli istituti bancari*, Ecra, Edizioni del Credito Cooperativo, Roma, 2021, p. 52.

[27] In argomento, si v. Rapporto Federcasse, *op. cit.*, p. 82.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Carla Mugione

Il credito cooperativo: un modello ancora attuale per il sistema bancario

Sommario: 1. Le origini europee della cooperazione di credito: la matrice inglese e la circolazione del modello tedesco. – 2. Il modello cooperativo di Schulze-Delitzsch, ovvero le Banche popolari e quello di Raiffeisen, ovvero le Casse rurali. – 3. La nascita e lo sviluppo delle Casse rurali in Italia sino alla costituzione delle Banche di Credito Cooperativo. – 4. Le attuali Banche di Credito Cooperativo. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Le origini europee della cooperazione di credito: la matrice inglese e la circolazione del modello tedesco*

La genesi del movimento cooperativo contemporaneo affonda le proprie radici nell'Inghilterra del XIX secolo, facendosi convenzionalmente risalire agli anni della Rivoluzione industriale; da quel momento, il fenomeno si è diffuso rapidamente anche oltre Manica interessando, a vario titolo e con varie forme, dapprima i territori europei e successivamente, come naturale conseguenza della circolazione degli istituti, anche approdando in lidi più lontani.

La dottrina storicistica fa coincidere la primigenia manifestazione di cooperazione con una data e un luogo ben determinati, il 24 ottobre 1844, a Rochdale, un borgo situato nella contea del Grande Manchester, località nella quale un gruppo di operai dell'industria tessile – allestendo uno spaccio alimentare – costituì la prima cooperativa di consumo, la *Rochdale Society of Equitable Pioneers*[1].

[1] Cfr. M. Hilson, *Origins and Models: Introduction to Section* I, in M. Hilson, S. Neunsinger, G. Patmore (a cura di), *A global History of Consumer Co-operation since 1850: Movements and Businesses,* Brill, Leiden, 2017, pp. 51-59. Sulla storia dei Probi Pionieri di Rochdale si veda G.J. Holyoake, *La storia dei Probi Pionieri*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Gli ideali da cui questi ultimi presero le mosse risalgono alle teorie di Robert Owen, un riformatore sociale e teorico dell'associazionismo cooperativo, nonché uno dei principali esponenti del cosiddetto socialismo utopico[2].

La Rochdale society rappresentò per i ventotto soci fondatori uno strumento di emancipazione dalla loro posizione di inferiorità economica e sociale alla quale erano destinati[3].

Infatti, il progetto cooperativo inglese assolveva alla funzione di soddisfare bisogni concreti e difendere interessi comuni, offrendo ai soci aderenti prodotti di prima necessità ai migliori prezzi di mercato, attraverso una democrazia interna che valorizzava la persona del socio a dispetto del profitto[4].

L'idea che animò i promotori di Rochdale si tradusse, poi, nell'elaborazione, all'interno dello statuto, dei principi guida della cooperazione, che in varie guise, sono rimasti tali anche nelle esperienze storicamente successive: (i) porta aperta; (ii) voto capitario; (iii) rilievo delle qualità personali dei cooperatori; (iv) gestione democratica; (v) ristorno degli utili e il loro utilizzo a scopo mutualistico; (vi) costituzione di un fondo riserva per l'autofinanziamento e per il sostegno di altre iniziative cooperative; (vii) promozione dell'istruzione cooperativa e della collaborazione tra le stesse realtà cooperative[5].

di Rochdale, Edizioni de «La Rivista della cooperazione», Roma, 1995; e T. Botteri, *Elementi di Storia e principi della cooperazione*, Editrice cooperativa, Roma, 1959.

[2] Quando si parla della nascita della cooperazione moderna, generalmente, si citano i seguenti teorici: R. Owen, C.H. de Saint-Simon, C. Fourier, C. Gide, L. Wolleborg, L. Luzzati, G.J. Holyoake, V. Totomiaz, i quali con stili e modi differenti favorirono lo sviluppo di diverse scuole di pensiero. In proposito si veda J. Dohet, *Le mouvement coopératif: histoire, questions et renouveau,* in Courrier hebdomadaire du CRISP, vol. 2370-2371, n. 5-6, 2018, pp. 12-13; cfr. anche F. Pepe, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico,* Giuffrè, Milano, 2009, p. 110 s.

[3] Per approfondimenti sull'esperienza cooperativa inglese cfr. A. Bonner, *British co-operation*, *The History, Principles, and Organisation of the British Co-operative Movement,* Co-operative Union, Manchester, 1961, pp. 1-540.

[4] Lo scopo e il programma della cooperativa di consumo era quello di adottare provvedimenti per assicurare il benessere materiale e migliorare le condizioni familiari e sociali dei suoi soci. G.J. Holyoake, *op. cit.,* p. 43.

[5] Così G. Tamagnini, *Appunti di storia della cooperazione. Le origini,* in «Rivista della Cooperazione», n. 4, 1960, p. 590.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ciò premesso, il sistema cooperativo della prima metà dell'Ottocento – tenuto conto delle particolari esigenze economico-sociali dei diversi Paesi europei – assumerà declinazioni autonome, senza tradire però il portato originario: in Francia, ad esempio, si crearono le prime cooperative di produzione[6] e i consorzi del lavoro; in Danimarca, presero forma le cooperative agricole; e in Germania si istituì la cooperazione di credito che per la prima volta coinvolse il mondo *latu sensu* bancario[7].

Per tale ragione, la Germania è stata considerata «il grembo della cooperazione creditizia»[8], essendo stato il luogo in cui tale fenomeno finanziario si è articolato, assumendo la duplice forma della cooperazione di credito urbano e della cooperazione di credito rurale, grazie all'intervento rispettivamente di Hermann Schulze von Delitzsch e di Friedrich Wilhelm Raiffeisen, attivi filantropi attenti alla causa sociale[9].

2. *Il modello cooperativo di Schulze-Delitzsch, ovvero le Banche popolari e quello di Raiffeisen, ovvero le Casse rurali*

La genesi delle cooperative di credito si traduceva fenomenicamente in una società tra "clienti-consumatori", che necessitavano di un capitale monetario che avrebbe potuto essere loro accordato (più facilmente, e non solo) proprio da questa loro associazione, costituita *ad hoc* per poter acquistare beni strumentali alla produzione di prodotti finiti o di consumo, per poter esercitare un'arte o una professione, e via dicendo. Con la restituzione della somma mutuata, poi, il cliente non avrebbe esclusivamente adempiuto a un obbligo contrattuale di carattere bancario ma, alla luce delle caratteristiche proprie della cooperativa, avrebbe aumentato la massa dei fondi erogabili nei

[6] *Ivi,* p. 491 ss.; e cfr. U. Rabbeno, *Le società cooperative di produzione*, Dumolard, Milano, 1889; nonché J. Gaumont, *Histoire Générale de la Coopération en France*, Fédération nationale des coopératives de consommation, Paris, 1923.

[7] Sulla storia della cooperazione in Europa cfr. S. Zamagni, V. Zamagni, *La cooperazione*, Il Mulino, Bologna, 2008; M.G. Meriggi, *Cooperazione e mutualismo. Esperienze di integrazione e conflitto sociale in Europa fra Ottocento e Novecento*, Franco Angeli, Milano, 2005.

[8] Al riguardo si veda A. Senin, *voce Cassa rurale e artigiana*, in «Enciclopedia del diritto», vol. 6, Giuffrè, Milano, 1960.

[9] G. Tamagnini, *op. cit.*, p. 727 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

confronti di soggetti che versassero nelle medesime condizioni, producendo, in tale modo, anche un miglioramento per il territorio in cui operava[10].

Fu Hermann Schulze-Delitzsch – convinto assertore e precursore della cooperazione di credito e ideatore del modello delle banche popolari[11] – che per primo si rese conto di come il progresso industriale imponesse ai piccoli imprenditori la necessità sia di reperire il capitale per poter rinnovare le proprie attività e sopravvivere economicamente, sia di disporre di una certa quantità di capitale circolante[12].

Ciò posto, le nuove cooperative di credito, permeate dall'aspetto mutualistico, avrebbero favorito le economie personali dei loro membri, una volta che questi – mediante previ atti di risparmio – avessero versato una quota con il fine di acquisire una partecipazione del capitale della banca. Attraverso l'associazione, poi, si cercava anche di superare l'ormai obsoleta convinzione di costituire enti di mera beneficenza[13], introducendo, in luogo della stessa, il concetto dell'"auto-aiuto"[14].

In termini funzionali, l'idea dell'associazione cooperativa di credito fu declinata attraverso l'elaborazione di norme operazionali e istituzionali alle quali le *Volksbanken* (Banche popolari) si conformarono, divenendo così uno strumento concretamente in grado di erogare il credito verso quelle classi sociali che generalmente erano escluse dal circuito bancario tradizionale[15].

[10] Si veda G. Romano, *Dalla Volksbank alla Banca popolare: origini del dibattito su «forma» e «sostanza» di un istituto controverso*, in «Ianus - Diritto e Finanza», fasc. 9, 2013, p. 172.

[11] Cfr. G. Tamagnini, *op. cit.,* p. 737.

[12] A. Leonardi, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale: l'esperienza cooperativa di F.W. Raiffeisen ed i suoi primi riflessi in Italia*, in V. Zamagni (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia. Dal Medioevo ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 555. I capisaldi del pensiero di H. Schulze-Delitzsch sono contenuti nel suo *Capitel zu einem deutschen Arbeiter- katechismus: Sechs Vorträge vor dem Berliner Arbeiterverein*, Leipzig, 1863, trad. it. di C. Bozzalla, *Catechismo di economia politica ad uso degli operai tedeschi,* in G. Boccardo, *Raccolta delle più pregiate opere moderne italiane e straniere di Economia politica*, Utet, Torino, vol. 9, Tomo 3, 1891, p. 657 ss.

[13] Si veda A. Leonardi, *op. cit.*, p. 556.

[14] Cfr. H. Schulze-Delitzsch, *Delle Unioni di credito, ossia delle Banche popolari*, trad. it. di A. Pascolato e R. Manzato, Venezia, 1871, p. 69 ss. È proprio attraverso le istituzioni di cui si sta discorrendo che si manifesterà il principio dell'"auto-aiuto".

[15] *Ivi*, p. 78.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sulla base del modello di Schulze-Delitzsch, Friedrich Wilhelm Raiffeisen – considerato il padre della cooperazione rurale di credito[16] – portò a compimento la sfida di trovare una soluzione per introdurre un sistema capace di soddisfare l'urgente fabbisogno di credito dei piccoli agricoltori con il precipuo scopo di liberarli dal circolo vizioso di povertà e usura, ricorrendo ancora una volta al meccanismo dell'"auto-aiuto" e utilizzando l'aggregazione delle risorse dei partecipanti quale strumento per garantire tale credito[17].

Se, da un lato, la sovrapponibilità funzionale dei due schemi era meccanicamente possibile, dall'altro lato, il substrato filosofico che li muoveva era quantomai distante.

Infatti, mentre Schulze perseguiva una visione economicistica della realtà cooperativa, Raiffeisen, attraverso questa nuova modalità di fare banca, intendeva aiutare gli aderenti la fede cristiana a realizzare i fini santificati nelle sacre scritture e rispondere al comandamento che informa tutta la religione cristiana: "ama il prossimo tuo". Tradotta in termini più concreti, l'aiuto finanziario era preposto alla creazione e al mantenimento di una convivenza civile più dignitosa, in cui anche l'educazione degli afferenti avrebbe rappresentato una finalità ineludibile[18].

Le differenze ideali dei due modelli tedeschi non devono, però, essere sovrastimate per ciò che attiene alle modalità di concreta attuazione del credito cooperativo. Di fatti, la prima cassa sociale di credito (o cassa rurale) fu istituita nel 1864 a Heddesdorf, riprendendo ampi elementi della *Volksbank* di ispirazione schulziana[19].

Riportando il discorso su un piano prettamente giuridico, nella

[16] F.W. Raiffeisen espose compiutamente il suo programma di rinnovazione sociale fondato sulla cooperazione di credito nella sua opera, *Die Darlehenskassen-Vereine als Mittel zur Abhilfe der Noth der ländli- chen Bevölkerung, sowie auch der städtischen Handwerker und Arbeiter,* Neuwied, 1866, trad. it., *Le Associazioni Casse di Prestito*, Ecra, Roma, 2010 (dalla quale citeremo).

[17] Cfr. A. Leonardi*, op. cit.,* p. 553; P. Cafaro, *Il credito cooperativo dalle origini alla fine del XX secolo*, in A. Carretta (a cura di), *Il credito cooperativo*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 21; M. Libbi, *Cenni storici sul movimento cooperativo agricolo nella Repubblica Federale di Germania*, in «Rivista della cooperazione», n. 19, 1984, pp. 68-78.

[18] Così P. Cafaro, *La solidarietà efficiente. Storia e prospettiva del credito cooperativo in Italia,* Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 31 ss.

[19] Si veda M. Libbi, *op. cit.*, p. 71.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

prima cassa rurale tedesca era statuito un obbligo di versamento delle quote destinato a creare il capitale di esercizio, un meccanismo di distribuzione dei dividendi tra i consociati e una suddivisione territoriale comprensiva di più conglomerati urbani, anche se – e questo costituiva un evidente tratto distintivo – l'amministrazione era gestita senza alcun emolumento e il patrimonio era indivisibile[20].

Tuttavia, però, poiché il modello schulziano non era stato in grado di penetrare a fondo nel settore agricolo, le casse rurali iniziarono a ridefinire autonomamente i propri canoni. In effetti, la critica che emergeva in maniera cristallina riguardava una diversa operatività del ciclo del credito, progettata in modo tale da rispondere a bisogni economici differenti. Se l'industria (come anche l'esercente di un'attività commerciale in un nucleo cittadino) poteva generalmente fare affidamento su crediti a brevissimo termine, con scadenza e rinnovo di tre e sei mesi, in virtù di una più rapida conduzione degli affari e per il necessario mutamento delle operazioni commerciali, potendo, senza troppe difficoltà, ripristinare la propria posizione nei confronti dell'ente di credito,

> per l'agricoltore la cosa è ben differente; il capitale imprestatogli s'immedesima e fonde colla terra; […]. Prima che il processo della transustanziazione, per così dire, del capitale sia terminato, e ritorni in forma di rendita coi relativi interessi nelle mani del coltivatore, passano spesso degli anni, […] e quindi la necessità da parte di coloro di restituirlo al creditore, dopo un più lungo periodo, ed a rate annuali; ciò che non permettono i *Kurzecreditfristen* degli statuti delle banche popolari tedesche[21].

Se ciò rappresentava il presupposto economico da cui mosse la differenziazione tra i due modelli di credito cooperativo, strutturalmente le casse rurali si caratterizzavano per una inferenza territoriale limitata e per un esiguo numero di soci qualificati come agricoltori o artigiani rurali, affinché, tra gli stessi potesse operare una sorta di autodichia e controllo endogeno in virtù di una conoscenza reciproca e diretta[22].

[20] Al riguardo, si veda S. Goglio, A. Leonardi, *Le radici del credito cooperativo sotto il profilo teorico e storico,* in «Euricse», Working Paper, n. 011/10, p. 16; e A. Leonardi, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., p. 562.

[21] Così A. Rossi, *op. cit*., p. 94 ss.

[22] F.W. Raiffeisen, *op. cit.*, p. 33 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'amministrazione delle casse rurali era improntata al principio della gratuità[23], non solo per diminuire i costi legati alla gestione delle casse[24] ma anche perché, in ossequio al divieto di ripartizione degli utili di esercizio[25], erano inconciliabili con tale modello gli schemi di incentivazione per remunerare gli amministratori, che invece erano invalsi nelle strutture schulziane.

In conclusione, quindi, in Germania, coesistevano già dal 1870 due archetipi di cooperazione del credito, ossia le banche popolari e le casse sociali di credito, le prime rivolte principalmente al mondo dell'industria e del commercio, le seconde indirizzate a rispondere ai bisogni del mondo agricolo[26].

Per ciò che riguarda il nostro terreno di indagine, statisticamente il paradigma ideato da Raiffeisen aumentò in maniera esponenziale vedendo il numero delle cooperative ascrivibili al modello da lui congegnato crescere dal valore di due registrato nel 1865, alle settantasette unità del 1871, fino a superare le novemila strutture nel 1889[27].

Il successo di tale impostazione del credito non rimase esclusivamente confinato alla Germania ma si estese rapidamente in tutti i paesi limitrofi e in Europa[28].

3. *La nascita e lo sviluppo delle Casse rurali in Italia sino alla costituzione delle Banche di Credito Cooperativo*

In Italia, la nascita della cooperazione di credito è riconducibile agli ultimi decenni del XIX secolo, in virtù delle interconnessioni economiche e culturali create con l'Europa centrale. Nello specifico, fu il modello tedesco della cassa Raiffeisen a trovare un terreno particolarmente propizio per la diffusione delle idee cooperative fra la classe rurale[29].

[23] Cfr. F.W. Raiffeisen, *op. cit*., pp. 37-58.

[24] Cfr. A. Leonardi, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., p. 566 ss.

[25] Tale divieto fu introdotto da Raiffeisen. Sul punto si veda F.W. Raiffeisen, *op. cit.*, pp. 43-110 ss.; e anche R. Labadessa, *op. cit.,* p. 197.

[26] Conformemente P. Cafaro, *La solidarietà efficiente*, cit., p. 28.

[27] G. Tamagnini, *Le Casse rurali*, cit., p. 34.

[28] Cfr. S. Goglio, A. Leonardi, *op. cit.*, pp. 19-20; G. Tamagnini, *Le Casse rurali,* cit*.,* p. 37 ss.

[29] Per approfondire gli aspetti storici del fenomeno in parola si veda A. D'Angelo, *Le casse rurali ed agrarie*, Milano, 1932, *passim*; e cfr. G. Tamagnini, *Le Casse*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Il merito di aver fondato nel 1883, a Loreggia, borgo situato nei pressi di Padova, la prima cassa rurale con il nome "Cassa cooperativa di prestiti" analoga alla Darlehns-kasse renana, fu del senatore Leone Wollemborg (a cui si deve anche la nascita dei c.d. "Istituti di credito del lavoro"), mosso dall'obiettivo di aiutare le classi più povere e disagiate della popolazione, *i.e.*, coltivatori, piccoli proprietari terrieri e tutto il settore agricolo a liberarsi dalla piaga dell'usura, grazie alla concessione di prestiti di lunga durata e bassi tassi di interesse, seguendo un'impostazione etico-cristiana e con una limitata dimensione locale dell'attività di credito[30].

Rispetto al modello tedesco, però, Wollemborg riuscì a enfatizzare la matrice cristiana del credito popolare in maniera ancora più evidente, coinvolgendo proattivamente il clero cattolico nella gestione delle stesse casse[31].

Ne consegue che le casse rurali di ispirazione wollemborghiana condividevano un evidente legame con il territorio avendo una vocazione sociale, oltre che economico-finanziaria: non si perseguiva primariamente né la massimizzazione del profitto né l'efficienza aziendale fine a sé stessa[32], poiché l'obiettivo ultimo era rappresentato dal sostegno all'economia locale e alla comunità dei residenti, aspetti che rispondevano esattamente al principio del localismo, giacché le casse operavano all'interno di un ambito geografico di riferimento predefinito[33].

rurali, cit., *passim*; T. D'Amaro, *Banche popolari e banche di credito cooperativo: elementi di disciplina comune (prima parte)*, in «Le Società», fasc. 12, 1998, p. 1395 ss.; C. Bolzoni, *Le Casse Rurali Italiane*, in «Rivista internazionale di Scienze sociali», vol. 96, n. 366, 1923, pp. 110-119.

[30] In riferimento alla funzione sociale delle casse si veda N. Galloni, *Presentazione,* in F. Castiello (a cura di), *Codice commentato delle banche di credito cooperativo,* Roma, 1995, p. 7 ss., il quale sottolinea la lotta all'usura come una delle ragioni per le quali si animò il movimento del credito cooperativo.

[31] E. Fucecchi, M. Carminati, *Non è la solita storia. Leone Wollemborg e le origini del Credito Cooperativo*, Ecra, Roma, 2013, pp. 1-96; E.C. Colombo, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, in A. Carretta (a cura di), *Il credito cooperativo*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 30.

[32] A. Nigro, *Impieghi ed investimenti nell'attività delle casse rurali ed artigiane*, in G. Bucci, A. Cerrai (a cura di), *La riforma della legislazione sulle cooperative,* Giuffrè, Milano, 1979, p. 133 ss.

[33] In riferimento all'obiettivo di favorire lo sviluppo delle economie locali, si veda G.M.G. Presti, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*,

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per garantire il coordinamento con le altre realtà vicine al fenomeno della cooperazione del credito, nel 1888, venne costituita la "Federazione fra le Casse Rurali e Sodalizi affini", cui aderirono 51 Casse Rurali, con lo scopo precipuo di rappresentare le casse rurali italiane attraverso un solo volto.

Il modello ideato da Wollemborg venne, poi, rivisitato, nel 1890, da don Luigi Cerutti che fondò la prima "Cassa rurale cattolica" nella località di Gambarare, in provincia di Venezia[34].

Dal punto di vista numerico, da quel momento e per gli anni a seguire, grazie al sostegno del mondo cattolico, le casse rurali operanti sul territorio italiano ebbero una rapidissima crescita[35].

Anche in questo caso, venne creata una struttura di coordinamento, il Comitato per le Casse Rurali Cattoliche, un organismo più solido dal punto di vista finanziario con sede a Treviso[36].

Una diretta conseguenza di questo profuso sviluppo di cooperazione fu il tentativo – realizzatosi concretamente solo nel 1917 – di

in «Banca, borsa e titoli di credito», fasc. 1, 1994, p. 177 ss.; nello stesso senso cfr. anche P. Ferro Luzzi, *Prospettive per le casse rurali ed artigiane in previsione della liberalizzazione del mercato comunitario,* in «Cooperazione di Credito», 1989, p. 82 ss.; nonché S. Gatti, *La riforma della legge speciale sulle casse rurali e artigiane*, in «Rivista del diritto commerciale», fasc. 1, 1990, p. 585 ss. Geograficamente, tali enti creditizi nascevano in aree, il più delle volte, decentrate ed economicamente disagiate, infatti, la presenza di una cassa era vista come un momento di propulsione economica e di rilancio di un dato territorio. Così F. Capriglione, *Il carattere "comunale" delle casse rurali: un anacronismo legislativo*, in «Banca, borsa e titoli di credito», 1985, p. 210 ss.

[34] Cfr., fra gli altri, G. Micheli, *Le casse rurali italiane. Note storiche, statistiche, con appendice sulle banche cattoliche d'Italia,* La Cooperazione popolare, Parma, 1898, p. 5 ss.; e, più di recente, P. Cafaro, *Credito cooperativo ieri: un profilo di lungo periodo,* in M.C. Cardarelli (a cura di), *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 6 ss.; nonché L.G. Fabbri, *Crescita in natura delle casse rurali cattoliche,* in «Quaderni storici», vol. 12, n. 36 (3), 1977, pp. 789-807.

[35] Nel 1897, si contavano oltre 900 casse rurali di cui 775 di ispirazione cattolica. C. Bolzoni, *op. cit.*, pp. 789-807.

[36] Sul punto si veda L. Cerutti, *Manuale pratico per le casse rurali, di prestiti*, Ecra, Roma, 2000, p. 1-64; e anche L. Cerutti, *Le Casse rurali cattoliche e la grande controversia*, in «Cooperazione popolare», 1895, pp. 42-44; Si cfr. altresì S. Tramontin, *La figura e l'opera sociale di Luigi Cerutti. Aspetti e momenti del movimento cattolico nel Veneto*, Morcelliana, Brescia, 1968, *passim*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

istituire la "Federazione Italiana delle Casse Rurali" con il precipuo scopo di favorire la costituzione di Federazioni locali di rappresentanza, di assistenza sindacale e tecnico-finanziario a favore delle casse[37].

Nel 1919, poi, con la nascita della Confederazione cooperative italiane, le casse rurali acquisirono una diversa solidità economica e fecero un ulteriore passo in avanti verso la propria indipendenza[38].

Ad ostacolare la loro ascesa, però, intervenne il regime fascista – che decretò l'inizio di un periodo di nota e capillare conflittualità con il mondo cooperativo, spesso oggetto di attacchi squadristi preordinati a minarne l'azione[39] – nonché gli effetti della crisi degli anni Trenta[40].

Il momento di svolta si verificò solo nella seconda metà degli anni Cinquanta quando il credito cooperativo si rilanciò con la caduta del fascismo e la cessazione delle ostilità della Seconda guerra mondiale e più marcatamente ancora a seguito della promulgazione della Costituzione italiana che espressamente riconobbe, all'art. 45, la funzione sociale della cooperazione intesa in senso mutualistico e anti-speculativo.

Ma è a partire dagli anni sessanta che il movimento cooperativo conosce un proficuo sviluppo: nel 1963, infatti, nasce l'Istituto di Credito delle Casse Rurali e Artigiane (ICCREA) diventando il vertice di propulsione del movimento con esplicite finalità di agevolazione, di coordinamento e di incremento dell'azione delle singole casse rurali e assumendo il ruolo di intermediario con il mondo bancario, con l'ulteriore scopo di fornire assistenza finanziaria per garantire lo

[37] Cfr. P. Cafaro, *La lenta ricostruzione di un modello tra spinte in avanti e false partenze,* in A. Carretta (a cura di), *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia e organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 67-68.

[38] M. Fornasari, V. Zamagni, *Il Movimento Cooperativo in Italia. Un profilo storico-economico (1854-1992)*, Vallecchi, Firenze, 1997, p. 199 ss.

[39] Cfr. A. Tasca, *La cooperazione e il fascismo in Italia,* in «Annali della fondazione Giacomo Feltrinelli», vol. 48, 2012, p. 236 ss.; F. Cordova, *Cooperazione e fascismo nella crisi dello stato liberale (1918-1925)*, in F. Fabbri (a cura di), *Il movimento cooperativo nella storia d'Italia*, Feltrinelli, Bologna, 1979, p. 260 ss. Nel 1926, poi, le cooperative vennero ricondotte sotto un'unica rappresentanza da parte dell'Ente nazionale fascista della cooperazione. Si veda F. Fabbri, *Il movimento cooperativo nella storia d'Italia,* Milano, 1979, p. 292 s.

[40] Cfr. A.M. Locatelli, *Lo scollamento tra credito e cooperazione negli anni tra primo dopoguerra e anni Cinquanta*, in A. Carretta (a cura di), *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia e organizzazione,* Il Mulino, Bologna, 2012, p. 42.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

svolgimento delle funzioni creditizie[41]; nel 1978, si costituisce il Fondo Centrale di Garanzia, un organismo con funzioni di tutela bancaria e degli interessi dei depositanti; e poi, nel 1981, gran parte delle casse rurali aderisce all'Associazione Bancaria Italiana (ABI)[42].

A fronte di ciò, giova constatare come il credito cooperativo abbia reagito alle crisi finanziarie che si sono succedute nel tempo, soprattutto dopo l'entrata in vigore dell'euro[43], nonché, alla riforma del comparto finanziario avvenuta nel 1993 che intervenne per rimuovere alcune inefficienze di fondo, dovute anche a una inerzia legislativa durata oltre cinquant'anni.

Di fatto, l'introduzione del Testo Unico Bancario (T.U.B.) del 1993 modificò la denominazione delle casse rurali e artigiane in Banche di Credito Cooperativo (BCC), comportò il superamento di alcuni limiti di operatività e ridusse ai minimi termini le differenze tra le varie tipologie di istituto bancario e, quindi, equiparò le BCC agli altri tipi legali di banca. Invero, tali istituti, oggi, hanno la possibilità di fornire ai propri clienti gli stessi servizi e prodotti offerti dalle altre banche, possono accogliere nella propria compagine sociale anche soggetti che non svolgano un predeterminato e specifico impiego, limitando esclusivamente la possibilità di aderirvi al fatto di operare o risiedere nel territorio di competenza della stessa BCC[44].

Il cammino del credito cooperativo ha proseguito la propria ascesa nel 1995, quando divenne operativa Iccrea holding, la Capogruppo

[41] I. Capecchi, *Le casse rurali nel contesto dell'economia attuale*, Ciscra, Roma, 1977, p. 133. Per maggiori dettagli circa le funzioni dell'istituto in parola si veda l'art 4. dello Statuto Iccrea, consultabile *online* all'indirizzo *https://www.iccreabanca.it/Style%20Library/Iccrea/attachments/Statuto%20Iccrea%20Banca_18_03_2019.pdf*.

[42] Per le varie tappe della cooperazione di credito in Italia, si consulti l'indirizzo *online https://www.creditocooperativo.it/page/il-credito-cooperativo/la-storia-del-credito-cooperativo/la-cooperazione-di-credito-in-italia*.

[43] È senz'altro noto che la crisi dell'euro degli anni 2007-2008 ha messo a dura prova, seppur con differente grado di intensità, tutti i sistemi bancari: cosicché anche le BCC hanno dovuto affrontare le sfide poste dalla regolamentazione prodotta da Basilea 3, in merito alle nuove disposizioni sul capitale e sulla liquidità. In merito, si consulti l'indirizzo *online https://www.bis.org/publ/bcbs189_it.pdf*. Si veda anche Aa.Vv., *Il credito cooperativo alla sfida di Basilea 3: tendenze, impatti, prospettive,* in «Questioni di economia e finanza», n. 158, 2013.

[44] Sul punto, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, ed. 5, 2007, p. 426 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

del Gruppo Bancario Iccrea; nel 2008, poi, per garantire la liquidità e la solvibilità delle banche aderenti al circuito cooperativo, al fine di prevenire o affrontare crisi finanziarie, viene costituito il Fondo di Garanzia Istituzionale del Credito Cooperativo (FGI) a tutela dei clienti delle BCC, delle casse rurali e delle casse Raiffeisen[45].

4. *Le attuali Banche di Credito Cooperativo*

L'attuale organizzazione delle Banche di Credito Cooperativo rappresenta l'esito di una profonda revisione della disciplina del credito cooperativo conseguente all'emanazione della Legge n. 49 dell'8 aprile 2016.

La riforma ha delineato un nuovo assetto delle BCC, lasciando inalterati i principi cooperativi e coniugandoli ai nuovi contesti competitivi dell'Unione Bancaria Europea[46] i quali richiedevano «un recupero di paradigmi di più accentuata imprenditorialità»[47].

Le motivazioni di fondo che giustificano tale intervento normativo riposano essenzialmente sulla necessità di veicolare al mercato un'idea di resilienza del sistema mutualistico del credito[48].

A ciò si aggiungono le difficoltà che le BCC affrontano per accedere ai capitali e che derivano dalla ragione economica di tali istituti di credito che ne diminuiscono i ritorni di investimento: si pensi, tra gli altri, alla prossimità tra percettore del credito ed ente erogatore, situazione in grado di diminuire i vantaggi informativi a fronte di comportamenti in conflitto di interesse tra i soggetti coinvolti; basso grado di solvibilità dei prenditori del credito, il più delle volte costituiti da piccole imprese e clientela privata locale, più esposta a eventi

[45] Per una completa visione dei momenti fondanti che hanno caratterizzato l'esperienza cooperativa italiana si consulti l'indirizzo *online https://www.credito-cooperativo.it/page/il-credito-cooperativo/la-storia-del-credito-cooperativo/la-cooperazione-di-credito-in-italia*.

[46] Sul punto, per un quadro d'insieme, *ex multis*, si rinvia ai due volumi della collettanea a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, *L'unione bancaria europea*, Pacini, Pisa, 2016.

[47] G. Romano, *La mutualità nelle Banche Popolari*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 16.

[48] Si veda E. Pagani, *La riforma del credito cooperativo in prospettiva comparata*, in «Banca impresa società», n. 2, 2016, p. 206.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

patologici e di crisi, forieri di *Non Performing Loan* (NPL), che diminuiscono il valore dell'ente in termini di patrimonio netto.

Sulla base di tali premesse e anche sulla scorta delle esperienze straniere[49], a fronte di una affiliazione organica, di controllo e direzione con l'ente centrale, che fornisce adeguate garanzie in merito alla solvibilità dell'istituto circa gli impegni di credito[50], si è concesso uno smarcamento dagli stretti requisiti di patrimonialità che operavano *uti singuli*[51].

Ciò ha consentito anche di alleggerire la pressione che si era originata dall'applicazione delle regole internazionali attuative di misure bancarie anticrisi, che avevano ridotto gli spazi per l'autofinanziamento, per contrastare il fenomeno specchio dei crediti deteriorati e la conseguente bassa redditività degli istituti stessi[52].

La riforma, inoltre, preserva e valorizza i tratti tipici di tali istituti bancari, quali la mutualità prevalente e il localismo, introducendo però dei correttivi volti a elevare la solidità finanziaria del settore del credito cooperativo, attraverso un'aggregazione dei singoli istituti in conglomerati patrimonialmente più dimensionati, con una direzione unitaria data dalla Capogruppo, che svolge anche funzioni di direzione e coordinamento verso i singoli afferenti[53].

Le innovazioni introdotte dalla Legge n. 49 del 2016 hanno inciso profondamente sul Capo V, Sezione II del T.U.B., in particolare

[49] Per un approfondimento delle esperienze cooperative europee cfr. R. Di Salvo, *I sistemi di banche cooperative in Europa. Governance, assetti strategici e tendenze evolutive,* in A. Carretta (a cura di), *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 591 ss.; e E. Pagani, *op. cit.*, p. 206 ss.

[50] Si veda V. Pinto, *Il sistema della "garanzia in solido" nel gruppo bancario cooperativo*, in «Banca, borsa e titoli di credito», parte 1, n. 4, 2018, p. 461 ss.; e I. Supino, *Il cross-guarantee scheme nella riforma delle banche di credito cooperativo*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n. 4, 2016, p. 388 ss.

[51] M. Lamandini, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in «Giurisprudenza commerciale», fasc. 1, 2015, p. 62.

[52] Così, C. Barbagallo, *La riforma delle Banche di Credito Cooperativo: presupposti e obiettivi*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n. 3, 2018, p. 222.

[53] Banca d'Italia, *Documento di Consultazione, Disposizioni di vigilanza per le Banche di Credito Cooperativo*, 2017, p. 2, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2017/disposizioni-vigilanza-bcc/Documento-di-consultazione.pdf*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sugli artt. 33, 34[54], 35, 36, 150-*bis* e 150-*ter* e soprattutto con la formulazione *ex novo* degli artt. 37-*bis* e 37-*ter* che sanciscono il nuovo paradigma del Gruppo Bancario Cooperativo[55], disciplinando rispettivamente la composizione e la costituzione dello stesso.

Nel 2019 hanno avviato la propria operatività due Gruppi Bancari Cooperativi a dimensione nazionale:

– il Gruppo Bancario Cooperativo Iccrea, a cui aderiscono 117 BCC;

– il Gruppo Bancario Cooperativo Cassa Centrale Banca, a cui aderiscono 67 BCC.

Le 39 Casse Raiffeisen dell'Alto Adige hanno, invece, optato per la costituzione di un IPS (*Institutional Protection Scheme*) che ha ottenuto l'autorizzazione della Banca d'Italia nel novembre 2020[56].

Nonostante ciò, non sono mancate voci autorevoli che hanno sostenuto che la costituzione del Gruppo Bancario Cooperativo – utile certamente per far fronte a problemi strutturali, quali le dimensio-

[54] A ben vedere, ad oggi, sulla base dell'art. 34 comma 1 del T.U.B., per costituire una BCC è necessario un numero di soci non inferiore a cinquecento (mentre la previgente legislazione stabiliva un numero di minimo di duecento soci) e il comma 4 della medesima disposizione prescrive che «nessun socio può possedere azioni il cui valore nominale complessivo superi centomila euro» (ante-riforma, invece, il valore nominale complessivo massimo di azioni detenute da un socio era pari a euro cinquantamila). Va da sé che la richiamata norma – in virtù di una più ampia base sociale insieme alla posizione paritetica dei soci – miri a rafforzare la patrimonializzazione delle singole BCC.

[55] Per una approfondita disamina dei rapporti intercorrenti tra il Gruppo Bancario Cooperativo e gli altri schemi aggregativi previsti, ossia il Gruppo Cooperativo Paritetico (art. 2545-*septies* c.c.) e il comune Gruppo Bancario Gerarchico (art. 60 ss. T.U.B.) si rinvia alla ricostruzione che contrappone la struttura in discorso a quella di un Gruppo Bancario Gerarchico a disciplina speciale, proposte da F. Accettella, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in «Banca, borsa e titoli di credito», vol. 72, n. 1, 2019, *passim* e specialmente p. 64 ss.; in modo analogo cfr. M. Sepe, *I nodi irrisolti nell'assetto del credito cooperativo, tra localismo e mutualità*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n. 1, 2019, p. 61 ss.; M. Bodellini, *Attività bancaria impresa cooperativa*, Cacucci, Bari, 2017, p. 224 ss.; su posizioni diverse R. Santagata, *"Coesione" ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo,* in «Banca, borsa e titoli di credito», vol. 70, fasc. 4, parte 1, 2017, p. 457 ss.; I. Sabbatelli, *La riforma delle banche di credito cooperativo,* Cacucci, Bari, 2017, p. 104.

[56] Dati aggiornati a luglio 2023 e disponibili *online* all'indirizzo *https://www.creditocooperativo.it/page/il-credito-cooperativo/lorganizzazione-del-credito-cooperativo*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ni ridotte delle BCC e per efficientare il sistema[57]– avrebbe di fatto ridotto gli spazi di autonomia decisionale con significative ricadute sull'effettiva gestione democratica in capo alle singole BCC[58].

D'altra parte, però, la situazione sul piano dei fatti si è presentata in termini diversi sia per le conseguenze delle crisi cicliche verificatesi a partire dal 2007, sia per la realizzazione dell'Unione Bancaria Europea nel 2014 che hanno rappresentato un momento propulsivo per l'attuazione della riforma[59].

Pertanto, gli interventi attuati dal Legislatore del 2016, successivamente rifiniti dal decreto-legge n. 91 del 25 luglio 2018, c.d. "Milleproroghe", convertito in Legge n. 108 il 21 settembre 2018 cercano un bilanciamento tra i requisiti di stabilità, di efficienza e di competitività del comparto del credito cooperativo e i valori di fondo che ne caratterizzano la natura mutualistica e localistica[60].

5. *Brevi riflessioni conclusive*

L'ultimo periodo della storia delle istituzioni bancarie è stato caratterizzato da una crescente internazionalizzazione dei sistemi e l'Italia non ha fatto eccezione a tale tendenza. L'acquisizione di banche locali di piccole dimensioni da parte di istituti con una capitalizzazione e disponibilità economico-finanziaria maggiore ha rappresentato un portato di tale parabola.

[57] Cfr. A. Azzi, *Verso il futuro: ruolo e strategie della cooperazione di credito*, in F. Belli, F. Cateni, V. Santoro (a cura di), *Casse di credito cooperativo e riforma della legislazione bancaria*, Siena, 1993, p. 99 ss.

[58] Sul punto si veda R. Costi, *Funzione mutualistica e imprenditorialità bancaria nell'ordinamento delle Casse rurali e artigiane,* in P. Abbadessa, A. Fusconi (a cura di), *Mutualità e formazione del patrimonio nelle Casse Rurali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 99 ss.

[59] Si veda, ad esempio, F. Capriglione, *La riforma delle "banche popolari",* in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari,* Cedam, Padova, 2015, p. 3 ss.; e cfr. G. Alpa, *La riforma delle banche popolari. Riflessioni di metodo sull'utilizzo di un modello innovativo*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari,* Cedam, Padova, 2015, p. 129 ss.

[60] Così C. Barbagallo, *La riforma delle Banche di Credito Cooperativo, cit.,* p. 220 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In risposta a codesto evidente andamento, il credito cooperativo è riuscito a ritagliarsi un proprio ruolo tanto che in Italia le BCC hanno iniziato un percorso di assistenza per l'internazionalizzazione delle imprese, come ben testimoniato dall'accordo del 2009 tra ICCREA holding e SIMEST (la Società italiana per le imprese operanti all'estero) che garantisce ai clienti delle BCC la possibilità di accedere ai servizi offerti da SIMEST per gli imprenditori. Tale iniziativa è frutto di una nuova visione delle BCC che vede i propri obiettivi espandersi al punto di favorire le imprese fuori dal mercato municipale, poiché se non si offrisse la possibilità di rivolgersi anche a nuovi mercati si rischierebbe di mettere a repentaglio la crescita del sistema, rendendo oltremodo attuale il pericolo di una propria implosione. Sistema che, come noto, già si trova ciclicamente sottoposto a situazioni di stress che possono essere calmierate proprio grazie alla presenza di istituti come le banche cooperative[61].

In conclusione, alla luce dei continui e rapidi mutamenti finanziari a livello globale, delle conseguenti scelte dettate dall'economie di scala e della competizione transfrontaliera, le BCC conservano il ruolo di un baluardo a tutela delle esigenze dello sviluppo locale, che prudenzialmente si svincola e si rende autonomo rispetto alle macro-banche commerciali[62].

In una realtà come quella italiana caratterizzata dal fitto tessuto delle micro e piccole imprese, un partner finanziario affine rappresenta ancora una presenza naturale nell'ecosistema bancario nazionale[63].

[61] Per ulteriori delucidazioni sull'Accordo tra Iccrea Holding e Simest, si consulti l'indirizzo *https://www.bccgarda.it/news/dettaglio_news_div.asp?i_menuID=56337&hNewsID=36798*.

[62] M. Pellegrini, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n. 4, 2015, pp. 62-80.

[63] La letteratura giuridico economica ha sottolineato come la c.d. "biodiversità" del sistema bancario rappresenti un argine alle potenziali crisi. Come sintetizzato dalla dottrina «[…] il grado di "diversità" nel settore bancario è correlato (negativamente) con l'esposizione al rischio sistemico». Si veda O. Butzbach, T. Desiato, G. Rotondo, *Elementi per una valutazione economico-giuridica della riforma delle banche di credito cooperativo in Italia,* in «Innovazione e diritto», n. 1, 2017, p. 45.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Miriam Olivieri

Le sfide del regionalismo latino-americano. Uno sguardo al Venezuela da Hugo Chávez a Nicolás Maduro

Sommario: 1. Profili introduttivi. – 2. Le origini del regionalismo in America Latina. – 3. Da Hugo Chávez Frías a Nicolás Maduro Moros. – 4. Brevi conclusioni e prospettive future.

1. *Profili introduttivi*

Negli ultimi anni, nella Regione latino-americana si è sviluppata una notevole tendenza a stipulare numerosi accordi internazionali di cooperazione, contribuendo a dar vita a più processi di integrazione subregionale. L'America Latina, infatti, rappresenta un vero e proprio banco di prova per il fenomeno del regionalismo che si è sviluppato e diffuso seguendo una complessa evoluzione storica, con forme di integrazione tanto subregionale e regionale, quanto continentale. Tale Regione, infatti, sviluppa i propri spazi di dialogo e concertazione attraverso processi lunghi e frammentati in cui coesistono spinte fortemente innovative e ostacoli di natura politica e culturale.

In particolare, il regionalismo latino-americano si è ritrovato a fronteggiare, sin dalle prime esperienze d'indipendenza dei singoli Stati, importanti sfide che contraddistinguono ciascun Paese. Basti pensare alle significative fratture o, meglio, disparità economiche che coesistono all'interno della stessa area: alcuni Paesi godono di una maggior ricchezza e sviluppo economico, dovuto principalmente all'esistenza di materie prime che favoriscono gli scambi commerciali, in una chiave di lettura neoliberista; altri, invece, presentano tassi di povertà elevati con conseguenti crisi sociali ed umanitarie. Inevitabilmente, questa forte dicotomia interna incide sugli equilibri regionali, rendendo difficile l'adozione di politiche comuni da parte dei singoli Stati, soprattutto se si pensa, inoltre, alla complessa eredità storica

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

lasciata dai regimi politici che si sono susseguiti nel corso degli anni, caratterizzati da differenti ideologie e interessi nazionali. Pertanto, se, da un lato, il fattore economico gioca un ruolo cruciale all'interno di queste dinamiche, dall'altro, non bisogna trascurare il fattore politico che, in questo contesto, si esplica in una chiara mancanza di volontà da parte di ogni singolo Stato di vincolarsi e mantenere gli impegni assunti e previsti all'interno dei Trattati.

Molto spesso, il significato del termine "regionalismo" appare semplice ed evidente ma, se analizzato in maniera più approfondita, emergono una serie di difficoltà circa la sua definizione. Secondo la prospettiva promossa da Gian Luca Gardini, il termine

> regionalismo è deliberatamente usato in un'accezione piuttosto ampia al fine di indicare e comprendere una serie di fenomeni correlati tra loro ma distinti che hanno luogo in un determinato spazio geografico definito come Regione, e che tendono a rafforzare la percezione di tale Regione come spazio unitario[1].

Pertanto, tale concetto può essere interpretato in vari modi, a seconda del contesto storico, politico, economico e sociale di riferimento. Al riguardo, si segnala l'elaborazione offerta da Andrew Hurrell[2], professore di diritto internazionale presso l'Università di Oxford, sull'importanza dell'esistenza delle organizzazioni internazionali nel contesto delle relazioni – anch'esse ovviamente – internazionali. In particolare, l'autore elabora alcune distinzioni concettuali. In primo luogo, con il termine "regionalizzazione"[3] egli fa riferimento all'esistenza di un maggior grado di interdipendenza e integrazione che intercorre all'interno delle società, dovuto principalmente a fattori naturali, quali la continuità geografica tra due o più Paesi, indipendentemente dalle scelte politiche in capo ai Governi nazionali. In secondo luogo, Hurrell affronta due termini che rientrano nella macroarea concettuale del regionalismo, ma che presentano valutazioni soggettive

[1] G. Gardini, *L'America Latina nel XXI secolo: nazioni, regionalismo e globalizzazione*, Carocci Editore, Roma, 2015, p. 59.

[2] A. Hurrell, *Regionalism in World Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 37-73.

[3] Cfr. A. Hurrell, *Explaining the resurgence of regionalism in world politics*, in «European Society of International Law», vol. 21, n. 4, 1995.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

differenti: "coscienza" e "identità regionale"[4]. Tali fenomeni rispondono all'esigenza di dare un nome al sentimento di appartenenza e di comunità di un preciso luogo, sono fortemente condizionati da fattori linguistici, sociali e culturali e differenziano una comunità dall'altra. In terzo luogo, l'autore esamina la tematica della "cooperazione regionale interstatuale"[5]: la possibilità di stipulare accordi, appunto, regionali in grado di dar vita a istituzioni propriamente regionali che possano godere di una certa autonomia lasciatagli dagli Stati. All'interno di questa categoria, l'autore inserisce una forma di "integrazione economica regionale"[6]: questa tipologia, ampiamente diffusa nei vari esperimenti di processi di integrazione regionale, risulta essere maggiormente vincolante per gli Stati che decidono di prenderne parte. Infatti, essi si ritrovano a limitare la propria autonomia sovrana per un obiettivo comune: si pensi all'unione doganale, al libero commercio e al mercato comune. Queste forme di integrazione economica regionale rappresentano dei laboratori sofisticati e complessi, in cui la mera volontà degli Stati di impegnarsi in tali obiettivi non è sufficiente, ma è necessaria l'esecuzione di scelte politiche ed economiche concrete. Infine, Hurrell giunge al concetto di "coesione regionale"[7] come risultato a cui pervenire dopo aver superato gli step, concettualmente divisi, del regionalismo. In tal caso, le organizzazioni regionali sarebbero in grado di dar vita ad una nuova entità coesa e consolidata capace di operare nello scacchiere internazionale, con una propria autonomia decisionale, definendo le relazioni tra Stati della Regione e la Regione stessa, nonché la Regione con il resto del mondo[8].

L'America Latina ha sperimentato e sperimenta tuttora differenti prospettive di integrazione regionale che se, da un lato, le permettono di definirsi "pioniera" nelle forme di regionalismo, dall'altro, ne sottolineano le forti contraddizioni interne: in tal senso, l'obiettivo dell'integrazione regionale si traduce nella possibilità di avviare e promuovere progetti di cooperazione tra Stati che condividono

[4] *Ivi*, p. 335.
[5] *Ivi*, p. 336.
[6] *Ivi*, p. 337.
[7] *Ibidem*.
[8] Cfr. L. Fawcett, *The History and concept of regionalism*, in «European Society of International Law», vol. n. 4, 2012, pp. 4-12.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

eredità storiche ed esperienze politiche molto simili. In realtà, sono proprio queste esperienze interne ai singoli Paesi a non permettere la concreta realizzazione di un progetto comune: si pensi alle tensioni politiche che possono emergere su questioni chiave come i diritti umani, sulla differente interpretazione del concetto di democrazia e sulle ideologie che condizionano, inevitabilmente, la politica estera di ciascuno Stato. Accanto a queste problematiche di natura politica, poi, è necessario considerare le variabili sociali caratterizzanti la Regione latino-americana: i problemi di sicurezza legati al narcotraffico, l'esistenza di bande criminali, nonché le guerriglie militari e civili. Tali questioni ostacolano una possibile cooperazione e collaborazione regionale, rendendo difficile l'adozione di una politica coesa e stabile in grado di soddisfare le esigenze dei Paesi coinvolti nel lungo periodo.

In generale, i Paesi latinoamericani presentano schemi di integrazione a livello subregionale come nel caso della creazione del MERCOSUR, un'area di libero scambio istituita con il *Tratado de Asunción* del 26 marzo 1991; il secondo livello di integrazione è quello regionale, come nel caso dell'UNASUR (*Unión de Naciones Suramericanas*), istituita nel 2008; infine, vi è anche il livello continentale, in cui la Regione dell'America Latina, in quanto tale, si inserisce all'interno dello scacchiere internazionale e si confronta con altri Paesi come gli Stati Uniti, il Canada e gli Stati europei. Un esempio significativo è il sistema interamericano, la cui cornice è rappresentata dall'OEA (*Organización de los Estados Americanos*), che comprende gli Stati indipendenti delle Americhe attivi nella tutela dei diritti umani, nella cooperazione internazionale e nel dialogo politico.

2. *Le origini del regionalismo in America Latina*

Già nell'Ottocento è possibile individuare delle prime forme di regionalismo nell'area latino-americana, a seguito della lunga ondata del periodo d'indipendenza dalla madrepatria che coinvolse – e stravolse, per certi sensi – gli "equilibri" delle colonie spagnole. Le nascenti repubbliche, infatti, acquisirono ben presto un forte senso di comunità, tra valori e principi condivisi, in parte anche dovuti alla loro eredità storica e alla figura intramontabile de *El Libertador* Simón Bolívar. Il sogno bolivariano prevedeva un progetto di integrazione regionale,

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

capace di svincolarsi dall'egemonia statunitense, con la costituzione di una Federazione ispano-americana. In particolare, *El Libertador* immaginava la creazione di tre federazioni differenti: la prima comprendeva il territorio del Messico e dell'America Centrale; la seconda abbracciava l'intera parte settentrionale dell'America Latina; la terza prevedeva la parte meridionale del continente. Una volta costituite le tre federazioni, il sogno bolivariano presentava un progetto ancora più ambizioso: la Federazione ispano-americana unitaria. Nel giro di poco tempo, come la storia ha dimostrato, tale ambizione si rivelò un fallimento a causa della scarsa coesione e volontà di impegno da parte delle singole repubbliche di trovare dei compromessi[9]. Per questo motivo, se le prime forme di regionalismo latino-americano affondano le proprie radici in questo periodo storico, è anche vero che, al contempo, emergono le prime problematiche strutturali che ostacolarono ed ostacolano tuttora i processi di integrazione regionale. In altre parole, l'affermarsi dei nazionalismi interni ha provocato una vera e propria paralisi all'interno delle organizzazioni stesse, decretandone i fallimenti.

Nella seconda metà dell'Ottocento si assistette ad un nuovo impulso del regionalismo latino-americano, seppure in una fase del tutto embrionale, questa volta favorito dal politico argentino Juan Bautista Alberdi[10]. Secondo Alberdi, la chiave dello sviluppo regionale era da ricercarsi nella creazione di un'unione politica formale che avrebbe dato vita all'Unione latino-americana: infatti, l'autore era favorevole ad una forma di cooperazione e collaborazione tra le varie nazioni tale da ostacolare la dottrina Monroe e l'imperialismo di Washington. In particolare, le sue idee sottolineavano l'importanza del libero commercio, eliminando le barriere e modernizzando le economie nazionali. Tuttavia, anche in questo caso rivalità e tensioni nei governi nazionali risultarono essere così forti ed invasive da minarne il progetto di integrazione regionale. Al riguardo, diversi autori, tra cui Mario Trampetti nella sua opera *Il continente diviso. I processi di integrazione in America Latina*[11], hanno

[9] Cfr. G. Cacciatore, A. Scocozza, *El gran Majadero de América. Simón Bolívar: pensamiento político y constitucional*, Planeta, Bogotà, 2010.

[10] J.B. Alberdi, *Memorias sobre la Conveniencia y Objetos de un Congreso General Americano*, in «Cuadernos de cultura latinoamericana», n. 42, 1979, pp. 8-11.

[11] Cfr. M. Trampetti, *Il continente diviso. I processi di integrazione in America Latina*, Franco Angeli, Milano, 2007.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tentato di analizzare tale fenomeno così frammentato ed eterogeneo del regionalismo latino-americano, individuando possibili fattori che abbiano influenzato tali processi, tra cui le dinamiche geopolitiche, gli interessi nazionali, le opportunità e i *desafíos* dell'integrazione.

Soltanto con la fine della Seconda Guerra mondiale il tema del regionalismo in America Latina assunse delle connotazioni differenti: in questo periodo, la comunità internazionale si ritrovò a fronteggiare uno scenario nuovo e differente, passando a un ordine bipolare, con due potenze contrapposte non soltanto sul piano economico, bensì anche su quello politico e culturale. Da un lato, gli Stati Uniti, contraddistinti da un modello di democrazia liberale e capitalista e, dall'altro, l'Unione Sovietica, con un modello ideologicamente ispirato ai principi socialisti e, di conseguenza, ad un'economia pianificata. In altre parole, mentre il cuore dell'Europa era teatro della cosiddetta Guerra Fredda, le aree periferiche assunsero un ruolo cruciale, trasformandosi in vere e proprie aree di influenza:

> i Paesi dell'Africa e dell'Asia, appena affrancati dal dominio coloniale delle potenze occidentali, e dell'America Latina, divennero scenari privilegiati della manifestazione d'influenza geopolitica dei due blocchi, che dedicarono molta attenzione alle relazioni politiche e commerciali con queste aree del mondo[12].

L'obiettivo delle "superpotenze" era quello di attirare quanti più Stati possibili, in termini geopolitici, nelle rispettive sfere di influenza al fine di aumentare la loro autonomia e il loro peso decisionale all'interno dello scenario internazionale. Ed è questa fase storica che vede un riproporsi del fenomeno del regionalismo all'interno del contesto latino-americano, secondo una percezione continentale e tipica della Guerra Fredda.

Per ciò che più interessa in questa sede, non si ripercorreranno le tappe che hanno portato all'affermarsi del cosiddetto *regionalismo cerrado*, bensì l'analisi sarà rivolta al periodo di transizione che intercorre in America Latina, ma più precisamente, in Venezuela nel passaggio al *regionalismo abierto*, tentando di evidenziare e di delineare

[12] C. Tassara, *Cooperazione internazionale allo sviluppo: governo, economia e società. Evoluzione delle politiche e scenari futuri*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2017, p. 42.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

il cambio di paradigma nei processi di integrazione regionale dal governo di Hugo Chávez Frías al suo *delfín*, Nicolás Maduro Moros.

Con l'espressione "regionalismo chiuso" si indicano i numerosi accordi di integrazione regionale emersi all'indomani del secondo conflitto mondiale in America Latina[13]. Brevemente, si segnalano alcuni cambiamenti significativi avvenuti tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio dei Sessanta in merito ad un nuovo paradigma adottato nelle strategie di cooperazione regionale. Infatti, la teoria della dipendenza si sviluppò al fine di rimediare ed offrire una soluzione ai problemi del sottosviluppo. In altre parole, il rimedio si basava sul concetto di dipendenza da parte dei Paesi periferici nei confronti delle economie dei Paesi maggiormente industrializzati, «insistendo sulla necessità di sostituire le importazioni dai Paesi ricchi con produzioni locali»[14]. Pertanto, questi anni si caratterizzarono per l'affermarsi della corrente di pensiero definita "strutturalismo latino-americano"[15], secondo cui all'interno dell'ordine mondiale appena emerso coesisteva una dualità tra i Paesi del centro e quelli della periferia o, meglio, i Paesi di recente decolonizzazione, tra cui il contesto latino-americano. Il regionalismo chiuso, dunque, viene così definito in quanto volto a limitare gli scambi dell'area regionale con il resto del mondo, al fine di favorire il commercio nazionale ed incentivando la cooperazione Sud-Sud.

In realtà, nonostante alcune esperienze dirette di forme di integrazione regionale, tra cui la creazione dell'ALALC (*Asociación Latino-americana de Libre Comercio*) negli anni Sessanta e la creazione del *Pacto Andino*, conosciuto ad oggi come *Comunidad Andina* (CAN), nessuno degli schemi previsti è riuscito ad ottenere gli esiti sperati. Le motivazioni sono da ricercare nel lontano Ottocento: se, da un lato, le economie nazionali migliorarono, grazie anche alla ricchezza in parte dovuta alle materie prime che contraddistinguono quest'area del mondo, dall'altra, gli Stati stessi decisero di non impe-

[13] Cfr. M.A. Mejía Baños, M.E. Meriño Polo, C.P. Ruiz Araque, *La integración en Latinoamérica: entre el regionalismo cerrado y el regionalismo abierto*, in «Podium», n. 38, 2020, pp. 105-122.

[14] G. Gardini, *op. cit.*, p. 67.

[15] Cfr. G. Grigera, *Lo Stato nello strutturalismo latinoamericano: negligenza teorica o condizionamenti di classe?*, in «Democrazia e Diritto», vol. 2014, n. 2, 2014, pp. 224-247.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

gnarsi sotto il profilo politico su quanto previsto nei Trattati istitutivi delle stesse organizzazioni regionali. Chiaramente, emerse ancora una volta la tendenza a far prevalere gli interessi "personalistici" degli Stati, soprattutto al verificarsi di crisi economiche e di instabilità politiche, conservandosi l'opportunità di mantenere una certa libertà nelle scelte economiche e politiche a seconda dei *partner* strategici. Questo paradigma, però, si rivelò una vera e propria problematica strutturale, in quanto favorì e consolidò il livello di dipendenza dei Paesi di recente decolonizzazione, tra cui il Venezuela, dai Paesi ricchi. Infine, constatando le similitudini nelle economie latinoamericane in termini di struttura e di produzione, queste ultime finirono per competere tra loro piuttosto che divenire complementari.

Per concludere, come afferma Juan Gabriel Tokatlian, professore presso l'Università Di Tella, «históricamente, América Latina ha tenido una vocación asociativa que ha sido una nota persistente desde los años 1960 en adelante, pero ha habido un bajísimo nivel de institucionalización»[16]. Per gli Stati latinoamericani la sovranità non è direttamente proporzionale all'impegno e alla base volontaria di vincolarsi all'interno di un'organizzazione tanto regionale quanto internazionale. Inoltre, anche l'aspetto ideologico riveste un ruolo emblematico, in quanto i governi dei Paesi latino-americani, a causa della loro instabilità politica, non riescono a garantire una presenza costante e coesa all'interno delle organizzazioni. Quindi, sarebbe opportuno adottare trattati e assumere decisioni al di là del governo nazionale in carica e dei vari cicli politici.

3. *Da Hugo Chávez Frías a Nicolás Maduro Moros*

Gli anni Novanta aprirono una nuova fase storica, politica e culturale che incise sulle fondamenta del sistema internazionale e che,

[16] In A. Bermúdez, *Por qué en América Latina no ha habido una integración regional como en la Unión Europea*, in *BBC Mundo*, 30 aprile 2018, disponible online all'indirizzo *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43916189#:~:text=Entre%20los%20elementos%20directamente%20relacionados%20con%20la%20insuficiente,Estado%20hasta%20los%20que%20apostaban%20por%20la%20desregulaci%C3%B3n*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

inevitabilmente, condizionò anche il nuovo paradigma adottato in tema di regionalismo. In quegli anni, il continente latino-americano si ritrovava a fronteggiare forti instabilità interne, disordini politici e sociali, e presentava un'economia distrutta, caratterizzata, almeno nella maggior parte degli Stati, da un elevato debito estero. Si assistette ad un periodo di transizione dal "vecchio" modello di regionalismo chiuso ad una nuova visione degli schemi di integrazione regionale: il "regionalismo aperto".

Gli Stati Uniti rimasero la sola superpotenza esistente a seguito della dissoluzione dell'Unione Sovietica, accolta dal mondo occidentale e nettamente contrastata, invece, da quegli Stati impregnati di valori socialisti e di ispirazione al modello sovietico, come il Venezuela. Infatti, la democrazia sul versante politico e il libero mercato su quello economico rappresentarono i due capisaldi a cui ciascuno Stato avrebbe dovuto uniformarsi per raggiungere il tanto atteso "sviluppo".

Tuttavia, a questi nuovi impulsi l'America Latina non fu in grado di poter reagire né in termini di inserimento competitivo sul mercato internazionale, né nella definizione di una nuova agenda internazionale. Le conseguenze causate dall'adozione del regionalismo chiuso non tardarono ad arrivare già alla fine del secolo scorso. Infatti, questo periodo storico rappresenta una vera e propria *década perdida* in campo economico e politico: molti Stati videro aumentare notevolmente il proprio debito estero, aprendo la strada ad una nuova stagione di crisi economiche e finanziare con nuovi attori nello scenario internazionale. In altre parole, si rese necessario l'intervento di istituti finanziari internazionali come il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale. Benché il paradigma neoliberista fosse impregnato di valori e principi concettualmente legati ad una nuova visione dello "sviluppo", le cosiddette PAS ("Politiche di aggiustamento strutturale"), ispirate alle nuove dottrine del *Washington Consensus*, sancirono la fine del modello protezionista nei Paesi latinoamericani.

Da sottolineare, in questi anni, l'emergere di nuovi scenari di interesse per gli Stati Uniti (si pensi all'Europa centro-orientale e al Medio Oriente in seguito alla Prima Guerra del Golfo) che fece crescere un sentimento di marginalizzazione, in termini economici, in America Latina. Pertanto, in risposta a tale esigenza, gli Stati latino-americani decisero di dare un nuovo impulso al regionalismo, considerato l'unica via possibile e percorribile per fronteggiare tale

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

situazione. In altre parole, gli anni Novanta si caratterizzarono per una nuova stagione del regionalismo, sia a livello subregionale e sia (soprattutto) a livello continentale. Il *regionalismo cerrado* lasciò il passo al cosiddetto *regionalismo abierto* (volto a perseguire un *desarrollo hacia fuera*), così definito per aver abbandonato l'idea di isolare la Regione dal resto del mondo e renderla capace di fronteggiare le nuove sfide dettate dalla globalizzazione e da un mondo sempre più interconnesso: «le diverse aree geografiche, oltre ad essere collegate tra loro, si influenzano a vicenda»[17].

Questa nuova forma di regionalismo vide la creazione di nuovi schemi di integrazione: il MERCOSUR (*Mercado Común del Sur*), fondamentale sia per la sfera economica che per quella politica in America Latina e il NAFTA (*Tratado de Libre Comercio de América del Norte*), prima forma di integrazione economica verticale, cioè a livello di accordi di cooperazione tra Nord-Sud. Pertanto, questo nuovo protagonismo del regionalismo latino-americano si tradusse in numerosi accordi stipulati e di diversa natura, tanto bilaterali quanto multilaterali: da un lato, accordi multilaterali destinati alla creazione di zone di libero scambio in cui far circolare merci e investimenti; e, dall'altro, accordi di integrazione economica volti ad istituire unioni doganali e mercati comuni, su ispirazione del modello europeo.

Tuttavia, nonostante questo cambio di paradigma[18], con l'inizio del nuovo millennio le problematiche economiche, politiche e sociali continuavano ad esistere: i limiti del neoliberalismo, le crisi economiche, le instabilità politiche dei governi nazionali e la fine del panamericanismo ridussero il nuovo sistema internazionale a ricercare una nuova formula del regionalismo americano per il XXI secolo, dimostrando ancora una volta come la "ricetta" giusta fosse ancora lontana.

In tale periodo storico si inserisce la figura di Hugo Chávez Frías all'interno di un Paese, il Venezuela, caratterizzato da profonde fratture interne, non soltanto in chiave politica, bensì (soprattutto)

[17] L. Martell, *Sociologia della globalizzazione*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2011, p. 160.

[18] Cfr. L. Bizzozero, *América Latina a inicios de la segunda década del siglo XXI: entre el regionalismo estratégico y la regionalización fragmentada*, in «Revista Brasileira de Política Internacional», n. 54, 2011, pp. 30-33.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

economica. La Repubblica bolivariana del Venezuela rappresenta un Paese "pioniere" per l'integrazione regionale e la politica di Hugo Chávez ha prodotto una serie di cambiamenti significativi negli schemi di integrazione, richiamando, in effetti, quanto affermato nell'attuale Costituzione (entrata in vigore nel 1999). In particolare, l'articolo 153 recita che:

> La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región[19].

Pertanto, questa nuova Costituzione prevede una propria concezione di integrazione regionale volta a creare e consolidare le relazioni Sud-Sud, superando i legami meramente economici della precedente fase di regionalismo aperto. È possibile affermare che la figura di questa nuova tipologia di *leader* carismatico all'interno del Paese abbia aperto una nuova fase del regionalismo definito *comparativo*, *post-liberal* o *post-hegemónico*[20].

La politica di integrazione regionale, intesa quale strumento di sviluppo economico e impregnata di valori politici condivisi, gettò le basi per un nuovo protagonismo del Venezuela all'interno della propria Regione geografica, caratterizzando, in questo modo, il primo decennio degli anni Duemila. Tale intervento si caratterizzò per due cambiamenti principali: in primo luogo, come già affermato, l'idea di integrazione regionale per Hugo Chávez travalicava i confini economici degli Stati, per abbracciare ed inglobare la sfera politica, sociale e, soprattutto, militare; in secondo luogo, questi nuovi schemi di integrazione miravano a rafforzare l'integrazione nei Caraibi. Esempi concreti di questa nuova strategia furono visibili già a partire dal 2000 (anno immediatamente successivo alla sua ascesa), quando il Venezuela decise di prendere parte al MERCOSUR, fondando pochi anni dopo l'attuale UNASUR. Il Paese prese parte anche alla

[19] Cfr. A. Bermúdez, N. Núñez, V. Rosa, *El proceso de integración venezolano: perspectiva constitucional, teórica e histórica*, Universidad de los Andes, Táchira, 2007.

[20] Ó.E. Fernández-Guillén, *Venezuela y el nuevo ciclo de regionalismo en América Latina*, in «ORALC Observatorio de Regionalismos en América Latina y el Caribe», n. 5, 2018, p. 23.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

costruzione dell'ALALC, la quale, però, non riuscì a raggiungere gli obiettivi prefissati per la creazione di un mercato comune nella Regione latino-americana, a causa della quasi totale inesistente volontà politica degli Stati di vincolarsi a determinate scelte e decisioni. Nel 1996, un altro organismo regionale, conosciuto come *Grupo Andino*, cambiò la sua denominazione e divenne la già citata *Comunidad Andina* (CAN): nel 2006, il presidente Hugo Chávez annunciò la sua definitiva intenzione di uscire da tale organismo, generando profonde preoccupazioni e instabilità per gli altri Stati membri. Secondo la sua visione, la *Comunidad Andina* «ha muerto, después de que dos de sus miembros, Colombia y Perú, suscribieran tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos»[21]. Quindi, è possibile distinguere l'evoluzione storica del regionalismo venezuelano in due grandi fasi nettamente contrastanti tra loro. La prima ondata fu il frutto di una *leadership* regionale molto attiva e dinamica nella politica estera intrapresa da Hugo Chávez, dovuta principalmente alla sua opposizione all'egemonia economica, politica e culturale di Washington (si pensi ai processi di integrazione per l'adesione al MERCOSUR o, in antitesi, all'uscita del Paese, come sopra affermato, dalla Comunità Andina). Inoltre, vale la pena menzionare il protagonismo venezuelano nella costituzione dell'ALBA (*Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América*). La seconda ondata, invece, mostrò un chiaro esempio di regionalismo latente visibile nella politica estera del suo successore, Nicolás Maduro.

Oggi, la situazione politica della Repubblica Bolivariana del Venezuela risulta essere notevolmente mutata, nonostante alla guida dell'esecutivo venezuelano vi sia il *delfín* ed ex ministro degli esteri di Chávez, Maduro. Sin dai primi anni del suo governo, Maduro ha dimostrato di non possedere il carisma necessario per ereditare la strada intrapresa dal suo predecessore, come confermato anche dalle elezioni del 2013, "vinte" con un basso margine di voti. Questa assenza di carisma è tangibile non solo sul piano interno, quando Maduro si ritrovò a fronteggiare un Venezuela in piena crisi economica e finanziaria, con disordini sociali e guerriglie locali, ma (inevitabilmente) gli effetti non

[21] C. Hernández, *Hugo Chávez retira a Venezuela de la Comunidad Andina*, in *El País*, Caracas, 21 aprile 2006, disponible online all'indirizzo *https://elpais.com/diario/2006/04/21/internacional/1145570417_850215.html*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

tardarono nelle decisioni intraprese nella politica estera, mutando il protagonismo del Paese nei processi di integrazione regionale[22].

Si è ancora dinnanzi ad un Paese disorientato, confuso e privo di qualsiasi ordine democratico, a causa della cattiva gestione da parte della classe politica, la quale, a sua volta, cerca di derimere il disordine attraverso sistematiche violazioni dei principi democratici e richiamando la presenza di militari nel Paese, al fine di ripristinare la situazione. Pertanto, dal 2013 ad oggi, con la presa di potere di Maduro, si assiste ad una nuova e triste fase del regionalismo, definita passiva e di isolamento, caratterizzata da un profondo disinteresse nella politica estera venezuelana, mancanza di *leadership*, assenza di un progetto comune a livello regionale, crisi del sistema democratico e violazione sistematica dei diritti umani.

Quindi, il futuro del Paese risiede nelle mani della sua classe politica con due possibili scenari: un ritorno al regionalismo latino-americano, esistente prima dell'avvento di Nicolás Maduro, il quale cerca di abbracciare accordi multilaterali con la condivisione di determinati obiettivi in comune; oppure, un abbandono di tale schema regionale, per attuare accordi bilaterali, di forte interesse economico, ponendo al primo posto gli interessi nazionali per una ripresa del Paese.

Tuttavia, secondo quanto affermato da Maduro, sembra che i processi di integrazione regionale tra l'America Latina e i Caraibi stiano muovendo i primi passi per una nuova cooperazione all'insegna degli interessi reciproci. Tale affermazione è avvenuta a seguito della *VII Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC), in cui il presidente venezuelano ha dichiarato:

> Compartimos la propuesta que ha hecho el presidente Lula Da Silva de iniciar la construcción de un Sistema Monetario Latinoamericano Caribeño, de un sistema que nos lleve a una moneda, que nos lleve a un compartir de los sistemas financieros y monetarios de la región latinoamericana y caribeña. Hay que dar el primer paso fundacional[23].

[22] Cfr. D. Nolte, *Auge y declive del regionalismo latinoamericano en la primera marea rosa: lecciones para el presente*, in «Ciclos en la Historia en la Economía y la Sociedad», vol. 29, n. 59, 2022, pp. 8-11.

[23] *Presidente Maduro destaca la recuperación de la integración en Latinoamérica y el Caribe*, in *Correo del Orinoco*, 7 febbraio 2023, disponible online all'indirizzo *http://www.correodelorinoco.gob.ve/presidente-maduro-destaca-la-recuperacion-de-la-integracion-en-latinoamerica-y-el-caribe/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In particolare, per comprendere al meglio le azioni attuate dall'attuale presidente venezuelano nei processi di integrazione regionale è possibile analizzare il ruolo ambiguo del Paese in due organismi regionali significativi: da un lato, il tramonto dell'ALBA e, dall'altro, le continue tensioni che coesistono tra il MERCOSUR e il Venezuela. L'ALBA è un'organizzazione di cooperazione regionale fondata nel 2004 con l'iniziativa di Cuba e del Venezuela sotto la guida rispettivamente di Fidel Castro e Hugo Chávez, con l'obiettivo di rappresentare un'alternativa all'approccio tradizionale di integrazione regionale, in risposta alla supremazia statunitense. In particolare, il *leader* carismatico venezuelano si è distinto, durante il suo mandato di governo, per aver intrapreso e svolto un ruolo attivo nella nascita di tale organizzazione, attraverso politiche progressiste e di stampo socialista, al fine di promuovere la riforma agraria e nazionalizzare le risorse petrolifere. Infatti, grazie alla sua *leadership* egemonica, l'ALBA è riuscita a coinvolgere quei governi dell'area latino-americana impregnati di sentimenti e valori ideologicamente molto vicini a quelli promossi dal *chavismo*: si pensi alla Bolivia, al Nicaragua, all'Ecuador, i quali costituirono il cosiddetto «asse bolivariano»[24]. Al riguardo, la figura del *Libertador* ha sempre accompagnato la biografia di Hugo Chávez, incarnandone gli ideali di indipendenza tanto politica, quanto economica[25]. Infatti, come sostiene Manuel Anselmi[26], le idee di Bolívar sono state interpretate in chiave rivoluzionaria nell'ideologia del presidente venezuelano, caratterizzata sia da elementi nazionalisti che da influssi comunisti e socialisti: in altre parole, quello che l'ideologo Dieterich ha definito "socialismo del XXI secolo"[27], condivisa dallo stesso Chávez. Tradotto in una chiave di lettura contemporanea, il sogno bolivariano di Hugo

[24] G. Pellini, *Venezuela tra Alba e Mercosur: un ruolo ambivalente*, in «Visioni Latinoamericane», n. 11, 2014, p. 52.

[25] Cfr. G. Palmisciano, A. Scocozza, *"Fratelli di Chávez". Dieci anni di rivoluzione bolivariana nella pubblicistica italiana (1999-2009)*, Le Càriti, Firenze, 2011.

[26] Cfr. M. Anselmi, *I bambini di Chávez. Ideologia, educazione e società in America Latina*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

[27] Cfr. H. Dieterich Steffan, *Hugo Chávez y el socialismo del siglo XXI*, Instituto Municipal de Publicaciones de la Alcaldía de Caracas, Caracas, 2005 e H. Dieterich Steffan, *La democracia participativa. El socialismo del siglo XXI*, Gara Egunkaria, Zaragoza, 2006. Si veda anche R. Domínguez Guadarrama, *Chávez y la integración latinoamericana*, in «Core», vol. 5, n. 9, 2013, pp. 6-7.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Chávez rimandava alla Gran Colombia di Bolívar, non indipendente dai dominatori spagnoli, bensì dall'egemonia di Washington. Tuttavia, con la morte del *leader* venezuelano, si è assistito ad un lento sgretolamento di tale organizzazione, tanto da far parlare de "la notte dell'ALBA"[28], sottolineando gli elementi fragili che ne impediscono il miglioramento. Pertanto, si può dedurre come la forza e l'impeto che hanno contraddistinto il Venezuela durante gli anni della sua fondazione oggi siano diventati la causa principale dell'indebolimento dell'ALBA. In altre parole, la fragilità di tale Alleanza risiede nel suo Paese fondatore.

Per quanto concerne il ruolo del Venezuela all'interno del MERCOSUR, le dinamiche politiche presentano un percorso maggiormente travagliato e complesso. In generale, tale organizzazione regionale rappresenta uno schema di integrazione più duraturo e di riferimento per l'intera area latino-americana. Il Venezuela aderì formalmente al MERCOSUR solo nel 2006, sebbene il processo di integrazione si sia completato soltanto nel 2012. Inoltre, va ricordata la sospensione di quest'ultimo pochi anni dopo, per aver violato la clausola democratica contenuta all'interno del Trattato. Tuttavia, il suo ingresso fu in parte dovuto anche ai continui impegni di Chávez nella gestione petrolifera o, meglio, nella "petrodiplomazia" del Paese nelle dinamiche regionali. Infatti, secondo il presidente brasiliano Lula, l'adesione del Venezuela nell'organizzazione rappresentava una strategia inevitabile, in quanto considerata la terza economia dell'America Latina nella produzione di petrolio a livello mondiale.

Quindi, la figura di Nicolás Maduro si colloca in questi scenari regionali in una posizione alquanto ambivalente: le forti tensioni interne, le reazioni antidemocratiche da parte del governo nazionale per far fronte ai disordini sociali minano l'immagine del Venezuela, non soltanto nella comunità internazionale, ma soprattutto nel modo di considerare il Paese all'interno delle dinamiche regionali. Sebbene Maduro abbia cercato di continuare la politica di integrazione regionale del Venezuela, senza alcun successo, la crisi interna influenza la percezione del Paese nella Regione, oscillando di volta in volta, a seconda degli sviluppi interni ed esterni.

[28] Per una trattazione più completa cfr. *Venezuela, la notte dell'ALBA. Washington contro il regime chavista nel paese simbolo della dottrina Monroe. Perché Roma non ascolta* los italianos, in «Limes», n. 3, 2019, p. 46.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

4. *Brevi conclusioni e prospettive future*

Il presunto fallimento e le difficoltà riscontrate nei processi di integrazione regionale in America Latina sono, da sempre, oggetto di analisi e di varie ipotesi teoriche. L'interrogativo che ci si pone, da anni ormai, fa riferimento ad un possibile superamento dell'attuale stagione di paralisi che investe il regionalismo latino-americano[29]. Tra le problematiche strutturali si segnala una profonda fragilità istituzionale, caratterizzata da una debolezza in termini di autonomia decisionale da parte degli stessi organismi che compongono tali organizzazioni. Infatti, molto spesso accade che gli Stati siano manchevoli di risorse, di capacità e di volontà politica al fine di rispettare le regole previste all'interno dei trattati istitutivi. Inoltre, va segnalata la continua instabilità politica e sociale interna, come nel caso del Venezuela, che influenza negativamente e mina la credibilità degli Stati nello scenario regionale e nello scacchiere internazionale. Pertanto, riprendendo le parole di Raffaele Nocera, ci si chiede se, effettivamente, la cooperazione regionale in America Latina rappresenta davvero una missione impossibile[30].

[29] Cfr. P. Birle, *El regionalismo latinoamericano. Motivos, contradicciones y Perspectivas*, in «Foro», vol. 4, n. 4, 2020, pp. 23-24.

[30] Cfr. R. Nocera, *La cooperazione regionale in America Latina: una missione impossibile*, in G. Benigni (a cura di), *La governance globale. Appunti per il XXI secolo*, CESPI, Donzelli, Roma, 2023.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Bruno Picierno

La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e le incognite del metaverso

Sommario: 1. La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione. Cenni sulla recente normativa. – 2. Gli obiettivi digitali europei per il 2030. – 3. Metaverso: utopia od opportunità per la Pubblica Amministrazione? – 4. Conclusioni.

1. *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione. Cenni sulla recente normativa*

Il tema della digitalizzazione dei servizi pubblici è un argomento trainante del dibattito democratico e quotidiano del nostro paese.

Fornendo servizi rapidi e accessibili, migliorando la condivisione dei dati, si semplifica il compito all'operatore ed all'utente, ma ciò significa prevedere ingenti investimenti sulle infrastrutture e sulla cultura digitale dei cittadini[1].

[1] Per una analisi dei progressi digitali dell'Italia risulta utile consultare l'indice dell'economia e della società digitale (DESI), che sta per *Digital Economy and Society Index*, attraverso il quale, dal 2014, la Commissione europea monitora i progressi digitali degli Stati membri. Nel 2019 l'Italia si collocava al 24° posto su 28 Stati membri. Nel 2022 si colloca, invece, al 18° posto su 27 Stati membri con un punteggio DESI di 49.3, mentre la media europea è pari a 52.3. Nella relazione che riguarda l'Italia è evidenziato, tra le altre cose, che «[…] l'Italia sta guadagnando terreno e, se si considerano i progressi del suo punteggio DESI negli ultimi cinque anni, sta avanzando a ritmi molto sostenuti. Negli ultimi anni le questioni digitali hanno acquisito attenzione politica, in particolare grazie all'istituzione di un ministero per l'Innovazione tecnologica e la transizione digitale, all'adozione di varie strategie chiave e al varo di molte misure strategiche. Ciò premesso, la trasformazione digitale sconta ancora varie carenze cui è necessario porre rimedio. Dando continuità alle iniziative intraprese e sfruttando i molti punti di forza di cui il paese dispone, l'Italia potrebbe migliorare ulteriormente le proprie prestazioni nell'ambito del DESI. Il piano nazio-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Lo stesso Ministro per la Pubblica Amministrazione Paolo Zangrillo, in un incontro che si è tenuto nel metaverso, ha affermato che la trasformazione digitale è una necessità, non una opzione[2].

L'obiettivo è chiaro ed è sintetizzato sul portale governativo[3] del Dipartimento per la trasformazione digitale: «rendere la Pubblica Amministrazione la migliore "alleata" di cittadini e imprese, con un'offerta di servizi sempre più efficienti e facilmente accessibili».

Il settore pubblico è storicamente segnato dallo scarso utilizzo delle tecnologie digitali. Nel periodo storico precedente la pandemia da Covid-19 il 98,9% dei dipendenti dell'amministrazione pubblica italiana non aveva mai utilizzato il lavoro agile[4].

Il PNRR[5] ha dato una spinta verso la trasformazione, in tal senso,

nale di ripresa e resilienza, che è il più cospicuo d'Europa, le offre i fondi necessari per accelerare la trasformazione digitale […]». Tale relazione è disponibile *online* all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy*.

[2] Ministro per la Pubblica Amministrazione*, Dialoghi sul Digitale, Zangrillo: "Accompagnare il capitale umano nella trasformazione"*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/14-02-2023/dialoghi-sul-digitale-zangrillo-accompagnare-il-capitale-umano*.

[3] Dipartimento per la trasformazione digitale*, Digitalizzazione della PA*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://innovazione.gov.it/italia-digitale-2026/il-piano/digitalizzazione-della-pa/*.

[4] Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR),* disponibile *online* all'indirizzo *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf*, p. 4.

[5] Ovvero il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. L'Unione Europea ha risposto alla crisi pandemica con il *Next Generation EU* (NGEU). L'Italia è la prima beneficiaria dei due principali strumenti del NGEU: il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Il PNRR si articola in sedici componenti, raggruppate in sei missioni: 1 digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2 rivoluzione verde e transizione ecologica; 3 infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4 istruzione e ricerca; 5 coesione e inclusione; 6 salute. Si consulti, a tal proposito, il testo del PNRR, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf*; si veda anche il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Per essere maggiormente chiari sull'*iter,* cfr. sul punto G. D'Arrigo, P. David, *Il Pnrr italiano:* governance*,* management*, capacità di spesa e riforma della PA*, in «Rivista Italiana di Public Management», vol. 4, n. 2, 2021, p. 272, in cui è specificato che «il 12 febbraio 2021 il Parlamento europeo ha deliberato – d'intesa con il Consiglio – il Regolamento UE istitutivo del dispositivo di ripresa e resilienza, il 25 aprile il Governo italiano ha trasmesso a Bruxelles il testo definitivo del Piano Na-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

dei servizi pubblici. Molteplici volte nel testo del Piano si afferma che lo scopo è rendere la Pubblica Amministrazione la migliore "alleata" di cittadini ed imprese, con circa il 25% dei fondi, assegnati all'Italia, destinati ad investimenti in tecnologie, infrastrutture e processi digitali per promuovere la competitività del paese.

La missione 1 (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo), suddivisa poi in M1C1 (digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.), M1C2 (digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo), M1C3 (turismo e cultura 4.0), è tesa al rafforzamento delle infrastrutture digitali della P.A. per un incremento e miglioramento dell'offerta di servizi digitali ai cittadini.

In particolare, la missione M1C1, con la promozione e lo sviluppo di servizi digitali per imprese e cittadini – quali identità digitale, sistemi di pagamento digitali, attraverso l'implementazione e l'adozione della carta di identità elettronica (CIE), del Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID), del sistema PagoPA – è tesa al raggiungimento degli obiettivi fissati dal *Digital compass* o Bussola per il digitale 2030.

Nel dettaglio[6], al suo interno, tale missione, con un investimento di quasi dieci miliardi di euro, è concepita nel seguente modo:

Ambito di intervento/Misure:

1. Digitalizzazione P.A. – Investimento 1.1: infrastrutture digitali. Investimento 1.2: abilitazione e facilitazione migrazione al *cloud*. Investimento 1.3: dati e interoperabilità. Investimento 1.4: servizi digitali e cittadinanza digitale. Investimento 1.5: *cybersecurity*. Investimento 1.6: digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali. Investimento 1.7: competenze digitali di base. Riforma 1.1: processo di acquisto ICT. Riforma 1.2: supporto alla trasformazione della P.A. locale. Riforma 1.3: introduzione linee guida *"cloud first"* e interoperabilità.
2. Innovazione P.A. – Investimento 2.1: portale unico del reclutamento. Investimento 2.2: *task force* digitalizzazione monitoraggio e *performance*. Investimento 2.3: competenze e capacità amministrativa. Riforma 2.1: accesso e reclutamento. Rifor-

zionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che è stato quindi adottato in via definitiva dalla Commissione europea meno di due mesi dopo, il 22 giugno».

[6] Cfr. PNRR, cit., p. 91.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ma 2.2: buona amministrazione e semplificazione. Riforma 2.3: competenze e carriere.

3. Innovazione organizzativa del sistema giudiziario – Investimento 3.1: investimento in capitale umano per rafforzare l'Ufficio del processo e superare le disparità tra i tribunali. Investimento 3.2: rafforzamento dell'Ufficio del processo per la Giustizia amministrativa.

Il programma Italia Digitale 2026 (risultati 2021-2022 e azioni per 2023-2026) sintetizza la strategia digitale e tecnologica per l'Italia, elaborata con il PNRR e poi successivamente avviata tra febbraio 2021 e ottobre 2022. Tale programma rispecchia ampiamente, e cerca di anticipare, gli obiettivi stabiliti nella Bussola per il Digitale 2030 europea, adottata dalla Commissione europea il 9 marzo 2021[7], sulla quale si tornerà in seguito.

In particolare, rileva il citato investimento "1.3 dati e interoperabilità", presente tra le otto ambizioni di Italia Digitale 2026[8]. Esso, in virtù del principio *once only*, elabora una nuova tipologia di dialogo agile e semplificato tra le Pubbliche Amministrazioni e, soprattutto, tra la P.A. ed i cittadini, evitando, ad esempio, di richiedere a questi ultimi informazioni che altre amministrazioni già detengono.

> Disporre di servizi e piattaforme pubbliche al servizio di cittadini e imprese, completamente digitalizzate e interconnesse tra loro secondo il principio *once only*, per ribaltare la dialettica tra Stato e cittadini: se prima il cittadino doveva farsi carico di tutti i documenti necessari per le pratiche amministrative, domani sarà la Pubblica Amministrazione a dover precompilare digitalmente tutto. I cittadini accederanno alla PA una sola volta, lo Stato farà il resto[9].

Tale principio sarà attuabile attraverso l'implementazione e l'utilizzo della piattaforma digitale nazionale dati (PDND).

[7] Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*. COM(2021) 118 *final*, 9.3.2021.

[8] Cfr. I. Macrì, *Piattaforma digitale nazionale dati per l'attuazione del principio* once only, in «Azienditalia», n. 1, 2023, p. 43.

[9] Il testo del programma Italia Digitale 2026 è disponibile *online* all'indirizzo *https://assets.innovazione.gov.it/1665677773-italia-digitale-2026.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In buona sostanza, eliminare adempimenti burocratici, non necessari, con riduzione di costi e tempistiche per cittadini ed imprese attraverso una P.A. moderna ed interattiva.

Attori e plasmatori, chiamati a porre in esecuzione le varie delineate strategie, sono chiaramente individuati nel programma Italia Digitale 2026. Al di là dell'organizzazione delle politiche spaziali nazionali, che non sono oggetto di analisi nella presente riflessione, struttura cardine è certamente il Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, coadiuvato da Comitati interministeriali, Comitati esterni, e unità quali il Dipartimento per la trasformazione digitale (organo amministrativo preposto all'esecuzione della strategia del Ministero), la Società PagoPA S.p.A. (sviluppo di servizi pubblici digitali per accompagnare la modernizzazione della Pubblica Amministrazione e del Paese)[10], l'AgID ovvero Agenzia per l'Italia Digitale (assicura che la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione sia coerente con la strategia digitale del Paese), la Società 3-i S.p.A. (per accentrare le competenze ICT in capo a INPS, INAIL e ISTAT e sviluppare gli applicativi *software* in favore dei servizi della P.A. in predeterminati ambiti)[11].

I molteplici interventi da porre in essere in tema di innovazione digitale previsti dal PNRR, entro predeterminate e rigide scadenze, hanno imposto, inoltre, una drastica riorganizzazione delle competenze amministrative, con un accentramento in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri[12]. Tale centralizzazione delle competenze è iniziata con il decreto-legge n. 135 del 14 dicembre 2018[13] e portata avanti nel 2021 con il decreto-legge n. 22 dell'1 marzo 2021[14], il de-

[10] La *home page* di PagoPa è raggiungibile *online* all'indirizzo *https://www.pagopa.it/it/*.

[11] Cfr. Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale (MITD), *Italia Digitale 2026. Risultati 2021-2022 e azioni per 2023-2026*, disponibile *online* all'indirizzo *https://assets.innovazione.gov.it/1665677773-italia-digitale-2026.pdf*, p. 33 ss.

[12] Cfr. L. Golisano, *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 6, 2022, p. 824 ss.

[13] Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.

[14] Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri. Si veda, in particolare, il Capo IV (art. 8) Disposizioni in materia di transizione digitale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

creto-legge n. 77 del 31 maggio 2021[15] e il decreto-legge n. 82 del 14 giugno 2021[16].

La presente riflessione sulla digitalizzazione della Pubblica Amministrazione italiana e sulla attribuzione delle competenze non può non tenere conto, nonostante esigenze di sinteticità redazionale, del fondamentale strumento rappresentato dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) che, istituito con il decreto legislativo n. 82 del 7 marzo 2005, è stato oggetto, nel corso degli anni, di modifiche[17] ed integrazioni al fine di mantenerne il contenuto al passo con i tempi e con l'esigenza di garantire servizi efficaci, interoperabili e agevolmente fruibili.

Il CAD razionalizza le norme che riguardano l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese.

Come rilevato in dottrina[18], articoli di particolare interesse del CAD sono, ad esempio, l'art. 14 sui rapporti tra Stato, Regioni e autonomie locali, l'art. 16 sulle competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di innovazione e tecnologie, l'art. 64-*bis* riguardante l'accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione, l'art. 73 sul sistema pubblico di connettività (SPC) e, soprattutto, l'art. 50-*ter*[19] inerente la Piattaforma Digitale Nazionale Dati.

[15] *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure. Si pensi, ad esempio, all'art. 2 c. 1: «è istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri la Cabina di regia per il Piano nazionale di ripresa e resilienza, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, alla quale partecipano i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta».

[16] Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale. Cfr. art. 2 c. 1 sulle competenze del Presidente del Consiglio dei ministri: «1. Al Presidente del Consiglio dei ministri sono attribuite in via esclusiva: a) l'alta direzione e la responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza (…); b) l'adozione della strategia nazionale di cybersicurezza, sentito il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC) di cui all'articolo 4; c) la nomina e la revoca del direttore generale e del vicedirettore generale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale di cui all'articolo 5».

[17] Considerate a volte confuse, cfr. F. Cafiero, A. Lisi, *Codice dell'amministrazione digitale, cos'è e quali sono i punti principali da conoscere*, in *Agendadigitale.eu*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.agendadigitale.eu/documenti/codice-dellamministrazione-digitale-cose-e-quali-sono-i-punti-principali-da-conoscere/*.

[18] Cfr. L. Golisano, *op. cit.,* p. 826.

[19] Art. 50-*ter* c. 1 CAD: «la Presidenza del Consiglio dei ministri promuove la

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Tale piattaforma può essere considerata

> un ottimo alleato per le pubbliche amministrazioni nel garantire il loro coordinamento, al punto che acquista dignità di essere annoverata tra gli strumenti per il coordinamento amministrativo accanto a quelli tradizionali previsti dalla legge sul procedimento, con il vantaggio di realizzare un equilibrato bilanciamento tra le istanze di semplificazione e l'esigenza di accordare una tutela sostanziale agli interessi pubblici coinvolti[20].

Come in precedenza rilevato, grazie alla PDND cittadini ed imprese accederanno a servizi semplici, efficienti e personalizzati. Il tutto secondo il principio *once only*, garantito dalla interoperabilità tra le amministrazioni.

Il buon funzionamento è assicurato dalle linee guida e dal Modello di Interoperabilità[21].

2. *Gli obiettivi digitali europei per il 2030*

È d'uopo sottolineare che l'interesse delle Istituzioni europee in riferimento al tema della digitalizzazione dei servizi è vivo ed innegabile[22], ed anche finalizzato al miglioramento della competitività nei rapporti internazionali.

progettazione, lo sviluppo e la realizzazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini dell'attuazione dell'articolo 50 e della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente».

[20] Cfr. V. Falco, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 1, 2023, p. 9.

[21] Cfr. Dipartimento per la trasformazione digitale, *Dati e interoperabilità*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://innovazione.gov.it/progetti/dati-e-interoperabilita/*.

[22] A riguardo, si veda Consiglio europeo - Consiglio dell'Unione europea, *Cronistoria - Europa digitale*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/it/policies/a-digital-future-for-europe/timeline-digital-europe/*; Commissione europea, *Un'Europa pronta per l'era digitale*, disponibile *online* all'indirizzo *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Già con il cosiddetto Regolamento eIDAS[23] (*electronic IDentification Authentication and Signature*), è stata elaborata una base comune per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli Stati membri.

Recentemente i Presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio, hanno firmato la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale[24]. Obiettivo di tale Dichiarazione è promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, con al centro i cittadini, basato sui valori e sui diritti fondamentali dell'UE.

Ancora, il 9 dicembre 2023 il Consiglio ed il Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo (provvisorio) sulla proposta relativa alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale (AI Act)[25].

L'Unione Europea, con una precisa strategia, si pone traguardi verso un futuro digitale per imprese e cittadini. Il programma strategico per il decennio digitale, basato su una cooperazione tra la Commissione europea e gli Stati membri, agirà sulle competenze, sulla trasformazione digitale delle imprese, sulle infrastrutture digitali sicure e sostenibili, sulla digitalizzazione dei servizi pubblici.

Con lo sviluppo di "traiettorie di proseguimento"[26] e attraverso un monitoraggio[27] costante, si delineano gli obiettivi da raggiungere.

[23] Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, disponibile *online* all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32014R0910*#.

[24] *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade* 2023/C 23/01, disponibile *online* all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOC_2023_023_R_0001*.

[25] Consiglio dell'Unione europea, *Comunicato stampa: "Regolamento sull'intelligenza artificiale: il Consiglio e il Parlamento raggiungono un accordo sulle prime regole per l'IA al mondo"*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/*.

[26] Commissione europea, *Communication establishing the Union-level projected trajectories for the digital targets*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-establishing-union-level-projected-trajectories-digital-targets*.

[27] Cfr. Commissione europea, *Relazione 2023 sullo stato del decennio digi-*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nelle conclusioni della citata Relazione 2023 sullo stato del decennio digitale *(Report on the state of the Digital Decade 2023)* è affermato che «the success of the Digital Decade will be critical for the EU's future prosperity. Achieving the EU's Digital Decade agenda could unlock over EUR 2.8 trillion in economic value that is equivalent to 21% of the EU's current economy».

Dopo la prima agenda digitale europea 2010-2020, tesa in particolare al miglioramento dell'accesso ai beni e servizi digitali per i consumatori e le imprese in Europa, ora la strategia europea è individuata nella seconda agenda digitale europea 2020-2030. Le nuove sfide europee riguarderanno temi come la *blockchain*, l'intelligenza artificiale, la cybersicurezza (ancor più in un contesto di instabilità geopolitica internazionale), i servizi digitali[28].

Tale agenda digitale per il 2030 è integrata, e da leggere in combinato disposto, con la citata Bussola per il digitale 2030[29] della Commissione europea che, al punto 3.4 in tema di digitalizzazione dei servizi pubblici, afferma:

> il modello di governo come piattaforma (*Government as a Platform*), inteso come un nuovo modo per costruire servizi pubblici digitali, for-

tale, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2023-report-state-digital-decade*. In particolare «La prima relazione sullo stato del decennio digitale fa il punto sui progressi compiuti dall'UE verso una trasformazione digitale riuscita, come stabilito nel programma strategico per il decennio digitale 2030. La presente relazione sottolinea la necessità di accelerare e approfondire gli sforzi collettivi, anche attraverso misure politiche e investimenti nelle tecnologie, nelle competenze e nelle infrastrutture digitali. Su tale base, la relazione contiene raccomandazioni concrete agli Stati membri prima dell'adozione delle rispettive tabelle di marcia strategiche nazionali e dei loro futuri adeguamenti. La presente relazione comprende anche il monitoraggio della dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, che traduce la visione dell'UE della trasformazione digitale in principi e impegni». (Si tratta di una traduzione automatica fornita dal servizio *eTranslation* della Commissione europea).

[28] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), disponibile *online* all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022R2065*.

[29] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Bussola per il digitale 2030,* cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

nirà un accesso globale e agevole ai servizi pubblici grazie all'interazione continua di capacità avanzate, quali l'elaborazione dei dati, l'intelligenza artificiale e la realtà virtuale.

Partendo proprio da quanto auspicato dalla Commissione europea in tema di *Government as a Platform* e realtà virtuale, si analizzerà, di seguito, l'ipotetico ruolo del metaverso nell'indispensabile processo di modernizzazione dei servizi digitali della Pubblica Amministrazione.

3. *Metaverso: utopia od opportunità per la Pubblica Amministrazione?*

Nel 1992 lo scrittore Neal Stephenson nel romanzo *Snow Crash* parlò di metaverso[30]. In tale universo virtuale in 3D, attraverso l'utilizzo di un *avatar*, il protagonista del romanzo, ovvero Hiro, cercava rifugio dalla realtà distopica in cui viveva l'umanità. Nel romanzo, dunque, vi è una vita che scorre in parallelo tra reale e virtuale. L'espressione deriva dall'unione del termine greco *μετά*, che significa al di là/oltre, e della parola universo.

Facebook, *Inc.* a partire dal 28 ottobre 2021 ha cambiato la propria denominazione in Meta *Platforms* (Meta). Mark Zuckerberg motivava tale strategia definendo il metaverso come «la prossima frontiera» ed «il successore di Internet mobile»[31].

Il successo o meno in termini economici del progetto di Meta non è argomento di interesse in questa sede ma, sicuramente, tali dichiarazioni innescarono un improvviso interesse per il tema, nei cittadini, negli Stati e nelle Istituzioni sovranazionali.

Ma cosa è il metaverso?

Simpaticamente è un «concetto di cui sappiamo spaventosamente poco», «non esiste se non ci entri»[32].

[30] Cfr. F. Sarzana di S. Ippolito, M. Pierro, I.O. Epicoco, *Il diritto del metaverso.* NFT, DeFi, GameFi *e privacy,* Giappichelli, Torino, 2022, p. 5.

[31] Cfr. B. Simonetta, *Facebook cambia nome: ora si chiama Meta, e punta alla realtà virtuale*, in *Ilsole24ore.com*, 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ilsole24ore.com/art/facebook-cambia-nome-ora-si-chiama-meta-e-punta-realta-virtuale-AEYWeFt*.

[32] Per entrambe le citazioni si veda B. Cristalli, *Metaverso. Parole del presente, parole del futuro*, in *Treccani.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Definire questo universo virtuale e sensoriale, infatti, non è semplice. C'è ma è intangibile. Alcuni esempi di realtà virtuale già esistenti sono *Second Life*, piattaforme come *The Sandbox*, *Minecraft*, *Decentraland*.

Durante la pandemia da Covid-19, con il cosiddetto *smart working* e nel pieno delle politiche mondiali "anti-assembramento", il concetto, o forse l'idea, di metaverso ha iniziato a strutturarsi maggiormente. Tale realtà totalmente immersiva, fruibile 24 ore su 24, che consentirebbe, tra le altre cose, di svolgere l'attività lavorativa, riunioni di lavoro, formazione e reclutamento della forza lavoro, svago, accesso ad uffici pubblici, una democrazia rappresentativa traslata parallelamente nel virtuale, il tutto a distanza di migliaia di chilometri, attraverso una connessione internet ed un visore *VR*, rappresenta, senza dubbio, una innovazione potenzialmente rivoluzionaria.

Ma il metaverso può esistere solamente grazie ai diversi "ingredienti" che ne consentono il funzionamento. Interessante sul punto è una definizione data in dottrina[33] secondo la quale

> il metaverso rappresenta la convergenza di tecnologie, alcune esistenti e altre di nuova generazione, costituite dal *Web* 3.0 dalle reti 5G e 6G, da *blockchain* e *smart contracts*, dalla realtà estesa (o *extended reality*, *XR*, comprendente la realtà aumentata, *AR*, e la realtà virtuale, *VR*), da criptovalute e *NFT*, da applicazioni decentralizzate e *avatar*, da Intelligenza Artificiale, *Big Data* e *Internet of Things*.

Per ognuna di queste diverse componenti vi è in corso una continua sperimentazione, un costante dibattito teso al miglioramento ed all'individuazione delle migliori garanzie per cittadini ed utenti in generale. Sul punto, ad esempio, la *blockchain*, ovvero la cosiddetta catena di blocchi, per la cui definizione si rimanda all'art. 8-*ter* c. 1[34]

treccani.it/magazine/lingua_italiana/articoli/parole/Metaverso.html. Come precisato dall'Autrice, il primo virgolettato, in un famoso film, si riferiva in realtà al concetto di multiverso.

[33] Cfr. M. Piccinali, A. Puccio, S. Vasta, *Il metaverso. Modelli giuridici e operativi,* Giuffrè, Milano, 2023, introduzione p. XIII.

[34] Tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*: «1. Si definiscono "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

del decreto-legge n. 135 del 14 dicembre 2018 convertito con modificazioni dalla legge n. 12 dell'11 febbraio 2019, è una tecnologia in costante evoluzione, oggetto di implementazione e sperimentazione, scientifica e giuridica. Recentemente, infatti, il 14 febbraio 2023, la Commissione europea ha lanciato, a tal fine, la *European Blockchain Regulatory Sandbox*[35].

Pertanto, di conseguenza, se ciò che compone il metaverso non è a sua volta chiaramente definito, a maggior ragione tale nuova realtà non è facilmente inquadrabile.

Ma a questo punto, delineato un breve quadro esplicativo sul metaverso, l'interrogativo è il seguente: tale tecnologia, rivoluzionaria ma ancora in divenire, può rappresentare uno strumento alleato della Pubblica Amministrazione italiana?

Use cases di tale tecnologia stanno diventando sempre più frequenti, ad esempio Seoul[36] diventerà una delle prime città a sperimentare il metaverso. I cittadini, con l'utilizzo di *avatar*, potranno entrare in un mondo virtuale per completare procedure o per incontrare i funzionari governativi[37].

La Regione Piemonte, insieme al CSI Piemonte (Consorzio per il Sistema Informativo) e all'Ordine degli Psicologi regionale, applicherà lo schema del metaverso ai servizi pubblici attraverso uno sportello per il contrasto al cyberbullismo ed al bullismo. Mediante l'utilizzo di un *avatar* si favorirà il contatto con i ragazzi che avranno bisogno di ascolto[38].

architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

[35] Di durata triennale avrà lo scopo di stabilire un quadro paneuropeo per i dialoghi normativi al fine di aumentare la certezza del diritto per le soluzioni *blockchain* innovative. Sul punto si confronti il portale di riferimento disponibile *online* all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/launch-european-blockchain-regulatory-sandbox*.

[36] La capitale della Corea del Sud.

[37] Cfr. articolo di redazione, *Metaverso: cinque modi in cui potrebbe trasformare la PA*, in *Lineaedp.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.lineaedp.it/featured/metaverso-cinque-modi-in-cui-potrebbe-trasformare-la-pa/*.

[38] Su tale iniziativa si veda M. Gomboli, *Il cyberbullismo si combatte nel metaverso: il progetto del Piemonte*, in *Agendadigitale.eu*, 2023, disponibile *online* all'in-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Un utilizzo di realtà virtuale, aumentata ed immersiva, d'altro canto, era già auspicato nel 2019 anche dalla Direzione Generale Musei nel Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei[39] in cui si parla, tra le altre cose, di strumenti per la costruzione e valutazione di esperienze esistenti di soluzioni in 3D, realtà aumentata e realtà virtuale, di fruizione tramite realtà virtuale, aumentata e mista[40]. Si ricorda che la componente M1C3 della missione 1 del PNRR è dedicata al turismo ed alla cultura[41].

La P.A. deve comunicare efficacemente con i cittadini ed il metaverso potrà diventare un importante canale a disposizione degli utenti per fruire dei servizi pubblici.

Dall'analisi di casi pratici è emerso, dunque, che alcuni Enti si stanno già muovendo in tal senso.

Il Professore Massimo Bianchi[42] propone una chiave di lettura estremamente pregevole. Partendo dall'idea, coniata da Jurij Lotman[43], di Semiosfera, intesa come concetto unificatore di qualsivoglia relazione tra gli esseri umani, in una società in cui si parla sempre più incessantemente di datificazione, mediatizzazione, globalizzazione culturale,

dirizzo *https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/il-cyberbullismo-si-combatte-nel-metaverso-il-progetto-del-piemonte/.* Ancora sul punto *https://www.csipiemonte.it/it/project/sportello-virtuale-contro-cyberbullismo*.

[39] Il Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei, disponibile *online* all'indirizzo *http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2019/08/Piano-Triennale-per-la-Digitalizzazione-e-l%E2%80%99Innovazione-dei-Musei.pdf*, suggerisce: «alcuni casi d'uso che ricorrono alla tecnologia della realtà virtuale includono: la possibilità di visitare luoghi comunemente inaccessibili, come la Stazione Spaziale Internazionale in orbita; la rappresentazione virtuale di musei e la ricostruzione di opere scultoree visibili a qualsiasi distanza o posizione; il racconto immersivo e in prima persona di eventi storici. Alcuni casi d'uso che ricorrono alla tecnologia della realtà aumentata includono: la ricostruzione di animali, paesaggi o contesti scomparsi inquadrandone i resti materiali (scheletri, elementi paesaggistici, strutture archeologiche); la realizzazione di sistemi di navigazione all'interno di luoghi con indicazioni visive su dove muoversi; la possibilità di raccontare storie, modificando l'aspetto di un quadro».

[40] Cfr. M. Piccinali, A. Puccio, S. Vasta, *op. cit.*, p. 100 ss.

[41] Cfr. paragrafo 1.

[42] Cfr. M. Bianchi, *Le insidie del metaverso. Quali prospettive per gli Enti locali?*, in «Azienditalia», n. 7, 2022, p. 1209 ss.

[43] Tra le altre cose studioso di semiotica.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

> il metaverso, con il suo insieme di spazi virtuali animati da *avatar*, rappresenta un ulteriore passo avanti nell'interpretazione dell'attuale evoluzione delle attività umane e la fonte o l'opportunità di organizzare al meglio le attività umane nel senso di una pervasività globale dell'informazione e di una più sostenibile qualità della vita[44].

Tuttavia, come emerge anche nel testo della riflessione del Prof. Bianchi[45], insidie come rischi di hackeraggio, di furto ed uso illegale dei dati presenti in rete, l'affidabilità della *blockchain*, o esempi pratici di servizi digitali che non hanno avuto grande successo[46], devono senza dubbio portare all'apertura di una riflessione importante da parte della P.A. e degli Enti Locali sull'utilizzo di tale tecnologia, tenendo sempre ben a mente che, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

4. *Conclusioni*

Il metaverso come opportunità per la Pubblica Amministrazione, dunque, rappresenta un tema affascinante e, soprattutto, sembrerebbe una strada percorribile, o meglio da percorrere. Innegabilmente, pur aderendo a questa soluzione positiva, tante sono le questioni da risolvere. Infatti, l'interrogativo che si solleva a questo punto è il seguente: se è vero che il metaverso è uno strumento favorevole per l'azione della P.A., in che modo si concilia con gli attuali modelli giuridici? Questa sarà la sfida da risolvere preliminarmente per studiosi e giuristi. Sarebbe un errore rincorrere potenze come Cina, USA, e fornire all'Amministrazione ed agli utenti uno strumento incompleto ed insidioso.

Ad esempio, in tema di diritto penale del metaverso andrà stabilito se gli attuali schemi giuridici siano pacificamente applicabili alla

[44] Cfr. M. Bianchi, *op. cit.*, p. 1210.

[45] *Ivi*, p. 1214, in cui si afferma che «il metaverso è una bella ed utile prospettiva ma, come tutte le innovazioni, va applicata avendo bene in mente che ogni opportunità da esso presentata richiede che le possibilità di accesso e la *security* preposta siano opportunamente calibrate onde evitare pesanti inconvenienti suscettibili di essere molto rapidamente diffusi».

[46] Si pensi al caso dell'applicazione *Immuni*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

nuova tecnologia[47]. Ancora, si discute di *NFT* per garantire il diritto di proprietà nel metaverso[48], di *smart contracts* per transazioni sicure, ma tali innovazioni, tali concetti, traslati nell'Ordinamento giuridico italiano, si armonizzano con la sacralità del dettato degli artt. 832 e 1321 del Codice civile?

Stessi interrogativi si pongono in materia di responsabilità per danni cagionati, di proprietà intellettuale, di trattamento dei dati, di cybersicurezza.

Altra problematica si riscontra, poi, in materia di accessibilità ai servizi. Accessibilità da intendersi anche sotto il profilo dei costi che deve affrontare il cittadino per usufruire dei servizi digitali.

Sia consentita, infatti, un'ultima riflessione. L'Italia è un paese con una età media abbastanza alta[49].

Transizione digitale vorrà dire anche educare al digitale. Si pensi al caso di una persona in età avanzata che per poter accedere a determinati servizi della P.A. ha bisogno del cosiddetto SPID[50]. Nella pratica quotidiana ciò, invece di agevolare l'utente, rappresenta un deterrente che porta il cittadino a non poter godere pienamente di quanto gli spetta di diritto. Anche il tema dell'accessibilità universale

[47] Si riporta un recente caso di cronaca riguardante un episodio di "violenza virtuale" oggetto di indagine da parte della polizia britannica. Nell'articolo, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.repubblica.it/esteri/2024/01/07/news/gran_bretagna_stupro_metaverso_indagini-421824572/*, è specificato che «la violenza virtuale sarebbe avvenuta durante un gioco immersivo. E mentre si cerca di individuare i responsabili, cresce il dibattito su quale sia il profilo giuridico di queste aggressioni».

[48] Cfr. F. Sarzana di S. Ippolito, M. Pierro, I.O. Epicoco, *op. cit.,* p. 15.

[49] Stando al rapporto annuale ISTAT 2023 "La situazione del paese" «il processo di invecchiamento della popolazione è proseguito, portando l'età media della popolazione da 45,7 anni a 46,4 anni tra l'inizio del 2020 e l'inizio del 2023. La popolazione ultrasessantacinquenne ammonta a 14 milioni 177 mila individui al 1° gennaio 2023, e costituisce il 24,1 per cento della popolazione totale. Tra le persone ultraottantenni si rileva comunque un incremento, che le porta a 4 milioni 529 mila e a rappresentare il 7,7 per cento della popolazione totale. Risultano al contrario in diminuzione tanto gli individui in età attiva, quanto i più giovani: i 15-64enni scendono a 37 milioni 339 mila (63,4 per cento), mentre i ragazzi fino a 14 anni sono 7 milioni 334 mila (12,5 per cento)». Il rapporto è disponibile *online* all'indirizzo *https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2023/Rapporto-Annuale-2023.pdf*.

[50] Sempre più spesso è richiesta la carta di identità elettronica (CIE) per accedere ai servizi digitali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ai servizi, ed in particolare ai servizi della P.A., dovrà essere un tema trainante del dibattito politico e dello sforzo scientifico[51].

Sarebbe, quindi, necessario risolvere preliminarmente tali questioni.

Si può concludere affermando che potenzialmente il metaverso, integrato con le altre nuove tecnologie di spicco, una fra tutte l'intelligenza artificiale, sarà lo strumento del futuro per la Pubblica Amministrazione.

In pratica però, ad ora, tanti ancora sono gli sforzi da effettuare da parte della comunità scientifica per garantire strumenti nuovi, rapidi, efficienti, accessibili e sicuri.

[51] Al di là delle Linee Guida AGID sull'accessibilità degli strumenti informatici, cfr. M. Bianchi, *Organizzare l'accessibilità ai Servizi,* in «Azienditalia» n. 11, 2022, p. 1695, che sul punto afferma: «Il tema che si impone immediatamente è dato dalla possibilità di accedere ai servizi in modo, reale e/o virtuale che sia, tema che con le ultime proposte inerenti al Metaverso, si è ulteriormente frammentato in percorsi più numerosi […]».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Mario Rafaniello

Il *made in Italy* agroalimentare nel mercato giapponese tra potenzialità e limiti

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Made in Italy* e *Italian sounding* in Giappone. – 3. La tutela dei prodotti italiani. - 3.1. L'Accordo UE-Giappone. - 3.2. La Legge giapponese sulle IG. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il *made in Italy* agroalimentare rappresenta un pilastro non solo economico ma anche culturale del sistema imprenditoriale italiano. Il prestigio raggiunto da questi prodotti sulla scena internazionale è il risultato di fattori come la varietà dell'offerta, la sicurezza, il *know-how* inimitabile e di «un lungo lavoro che intreccia innovazione imprenditoriale, tradizioni territoriali, strategie per la tutela e la valorizzazione del patrimonio naturale e paesaggistico»[1]. Costante ricerca della qualità, del "saper fare", della cura del marchio e del cliente, di presenza forte e voluta in mercati geograficamente lontani hanno portato il comparto del *made in Italy* ad avere una posizione difficilmente paragonabile a quella di altri paesi[2]. Non a caso, l'Italia gode di un numero consistente di riconoscimenti e marchi di qualità nel settore agroalimentare che accrescono la competitività delle realtà agricole italiane rispetto ad altri *competitors*, rafforzandone la posizione sui mercati mondiali[3]. In particolare, le Indicazioni Geografiche (di seguito "IG") sono l'asse centrale del presente lavoro ed hanno il merito di proteggere quei prodotti agro-

[1] ISTAT, *Indagine conoscitiva sul* Made in Italy*: valorizzazione e sviluppo dell'impresa italiana nei suoi diversi ambiti produttivi*, Roma, 2023, p. 29.

[2] Almeno in quei settori tipicamente considerati all'estero come legati al *made in Italy*. Cfr. F. Callegari, M. Valentini (a cura di), *Filiere d'Italia*, Donzelli, Roma, 2014, p. 28.

[3] ISTAT, *op. cit*., p. 24.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

alimentari che devono fama e qualità ad elementi come la provenienza da territori specifici o caratteristiche peculiari e che, pertanto, beneficiano di un elevato sistema di protezione. Recenti studi in merito alle IG europee[4] riportano che il valore delle vendite di prodotti con un nome protetto è mediamente raddoppiato rispetto ai prodotti simili privi di certificazione; è bene precisare che ad essere protetto è, appunto, il nome e non il prodotto (per semplicità espositiva si farà riferimento al secondo). Laddove questo sia imitato, quel prodotto non potrà essere commercializzato sotto il nome protetto[5]. Ad ogni modo, oltre a rappresentare un'opportunità commerciale per i produttori e i territori di riferimento, la valorizzazione delle IG (il caso italiano lo dimostra più di ogni altro) sostiene e mantiene vive le tradizioni culinarie dei popoli[6].

Tra i mercati più interessanti per il *made in Italy* vi è certamente il Giappone, essendo la terza economia mondiale, e ponendosi da apripista nel mercato asiatico per l'*export* italiano[7]. La scelta di analizzare solo questa realtà ha motivi precisi: oltre ad avere ottime relazioni bilaterali (seppur suscettibili di maggiore considerazione[8]), i due paesi vantano una serie di rapporti economici, strategici, scientifici e culturali che fanno del Giappone[9] un laboratorio privilegiato per l'analisi

[4] Cfr. Commissione Europea, *Study on economic value of EU quality schemes, geographical indications (GIs) and traditional specialities guaranteed (TSGs). Final Report*, Brussels, 2021.

[5] M. Benelli, L. Cianfoni, *La politica di qualità dei prodotti agricoli e alimentari dell'Unione europea*, in «Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici», n. speciale 1, 2015, p. 137.

[6] Euroconsulting, *La Commissione accoglie con favore l'accordo politico volto a rafforzare la protezione di prodotti agroalimentari e bevande di qualità elevata*, in *euroconsulting.be*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.euroconsulting.be/2023/10/24/la-commissione-accoglie-con-favore-laccordo-politico-volto-a-rafforzare-la-protezione-di-prodotti-agroalimentari-e-bevande-di-qualita-elevata/*.

[7] Cfr. il Rapporto sul Giappone di infoMercatiEsteri, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.infomercatiesteri.it/public/rapporti/r_126_giappone.pdf*.

[8] A. Dell'Era, *Italia e Giappone: una partnership poco sfruttata*, in *geopolitica.info*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.geopolitica.info/italia-giappone-partnership-poco-sfruttata/*.

[9] Per i più recenti sviluppi cfr. Ambasciata d'Italia a Tokyo, *Rapporti bilaterali*, in *ambtokyo.esteri.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://ambtokyo.esteri.it/it/italia-e-giappone/rapporti-bilaterali/#:~:text=Italia%20e%20Giappone%20mantengono%20uno,di%20contrasto%20ai%20cambiamenti%20climatici*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

della *performance* dei prodotti agroalimentari italiani. In particolare, l'Accordo di partenariato economico tra Unione Europea (di seguito "UE") e Giappone (*Economic Partnership Agreement*, di seguito "EPA") si è posto come pietra angolare di questa collaborazione, nel più ampio quadro europeo, in chiave attuale e futura, garantendo ai prodotti agroalimentari fabbricati all'interno dell'UE di ottenere vantaggi competitivi nel mercato giapponese. Questo discorso, però, risulta alquanto complicato proprio per le eccellenze italiane a causa del menzionato successo sul mercato. Se da un lato i numeri dell'*export* agroalimentare risultano incoraggianti[10], specularmente l'aumento di prodotti ingannevoli inficia gli sforzi dei produttori italiani, creando difficoltà sul campo sia nel concorrere con altre tipologie di prodotti, sia nel creare e mantenere un riscontro positivo verso i consumatori. Come si vedrà nel corso del lavoro, il mercato giapponese sotto questo profilo risulta già compromesso, nonostante l'impegno delle Autorità italiane e locali nella lotta, soprattutto, all'ormai noto *Italian sounding*. I numeri di questa pratica ingannevole sono preoccupanti e comportano ostacoli per l'*export* italiano che spaziano dalla perdita economica alla perdita di competitività, fino all'instaurare nel consumatore estero un'errata percezione dei prodotti italiani.

2. Made in Italy *e* Italian sounding *in Giappone*

Con un valore di *export* agroalimentare nel 2021 pari a 857 milioni di euro[11], risulta immediatamente chiaro che per il *made in Italy* il Giappone si presenta come un partner di livello dal punto di vista economico. La situazione, come già detto purtroppo, non è esente da alcune criticità. In generale il mercato orientale è connotato da

[10] Nel decennio 2008-2018 l'*import* di agroalimentare italiano in Giappone è aumentato del 51%. Cfr. I. Vesentini, *Giappone alla prova del free trade, sedotto e trascurato dal* made in Italy, in *ilsole24ore.com*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ilsole24ore.com/art/giappone-prova-free-trade-sedotto-e-trascurato-made-italy-AC9ORsR*.

[11] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, Italian Sounding*: quanto vale e quali sono le opportunità per le aziende agroalimentari italiane, Rapporto 2022,* s.l., 2022, p. 47.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

diverse barriere ostiche per gli imprenditori italiani[12]. La difficoltà nell'inserirsi nelle reti distributive locali rischia talvolta di frenare in partenza le possibili iniziative di *export*, specialmente quando si tratta di prodotti particolari e non molto conosciuti o diffusi in quel determinato mercato. Ciononostante, il *made in Italy* gode di una certa versatilità, spaziando dal noto agroalimentare ad altri comparti, come l'abbigliamento, l'*automotive*, l'arredamento, il *luxury*, la farmaceutica e i macchinari industriali, solo per citarne alcuni. Per quanto riguarda l'agroalimentare nello specifico, la richiesta di eccellenze *made in Italy* negli anni è aumentata in Asia visto che la clientela è diventata più esigente in tema di qualità e salute[13]. Lo stesso vale per la platea giapponese: i dati disponibili sul comparto *export* riferibili proprio a quest'asse hanno visto un aumento progressivo tra il 2020 e il 2022 (i dati gennaio-settembre 2023 riportano i «prodotti alimentari, bevande e tabacco» al secondo posto nelle esportazioni, dietro il tessile)[14]. Tuttavia, giova trattare immediatamente il *dark side* di questo aspetto, poiché esso rappresenta una sorta di "mercato ombra" con numeri da capogiro e con conseguenze gravi sui numeri riportati (che potrebbero essere ben più alti)[15].

L'*Italian sounding* è solo una delle varianti negative che può assumere il *made in Italy* (e non solo nell'agroalimentare)[16]. Si tratta di una

[12] Per il caso cinese, cfr. D. Radicchi, *Il* made in Italy *agroalimentare in Cina tra potenzialità e criticità*, in «Gentes», n. 5, 2018, pp. 179-180.

[13] Cfr. Camera di Commercio italiana in Giappone (ICCJ), *Bio* Made in Italy *e prodotti salutistici in Giappone*, *in iccj.or.jp*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://iccj.or.jp/it/bio-made-in-italy-e-prodotti-salutistici-in-giappone/*; Nomisma, *Il mercato del biologico in Giappone: numeri e prospettive nell'indagine Nomisma per ITA.BIO*, in *nomisma.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.nomisma.it/focus/itabio-giappone/*.

[14] Cfr. scheda di sintesi sul Giappone dell'Osservatorio economico del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale al link *https://www.infomercatiesteri.it/public/osservatorio/schede-sintesi/giappone_126.pdf.*

[15] Cfr. C. Costa, Italian Sounding food*: che cos'è e perché è così importante*, in *agrifood.tech*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.agrifood.tech/sicurezza-alimentare/italian-sounding-food-che-cose-e-come-funziona/*.

[16] Per quanto concerne il "*made in*" ai sensi della normativa UE, bisogna affidarsi all'art. 60 del Codice Doganale dell'UE. Il primo comma regola il caso in cui le merci siano interamente ottenute in un unico paese o territorio e pertanto da considerarsi come originarie di tale paese o territorio. Invece, secondo il comma 2, quando

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

fattispecie trasversale, basata sull'inganno sottile e la confusione del consumatore[17]. Per le sue caratteristiche non sempre esso si configura come un illecito penale[18]: a differenza della contraffazione, un prodotto *Italian sounding* può corrispondere perfettamente alle norme di produzione ed etichettatura previste da un determinato ordinamento[19]. Prendendo come riferimento una definizione fornita da Eurispes, esso «consiste nella commercializzazione di prodotti non italiani con l'utilizzo di nomi, parole, immagini che richiamano l'Italia, inducendo quindi ingannevolmente a credere che si tratti di prodotti italiani»[20]. Come lascia intuire, comunque, già la traduzione letterale del termine si tratta di un richiamo, di una "sonorità" culturale che rimanda all'Italia[21]. Tra l'altro, proprio la nozione di "origine" è divenuta fondamentale non solo a tutela dei consumatori ma pure per ciò che riguarda le vicende doganali delle merci, senza dimenticare le ragioni di tutela e uso esclusivo dei marchi di fabbrica. Gli imprenditori disone-

due o più paesi/territori sono coinvolti nella fabbricazione del prodotto, le merci devono considerarsi originarie del paese o territorio in cui "hanno subito l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale ed economicamente giustificata, effettuata presso un'impresa attrezzata a tale scopo, che si sia conclusa con la fabbricazione di un prodotto nuovo o abbia rappresentato una fase importante del processo di fabbricazione". Cfr. M. Fabio, *Manuale di diritto e pratica doganale*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016, pp. 112-114.

[17] Alcuni dei casi più noti riguardano il Parmesan, la Zottarella, la Pomarola, ecc.

[18] EURISPES, *Agromafie. 4° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia*, Minerva, Bologna, 2016, p. 60.

[19] Federalimentare precisa che la contraffazione: «"riguarda prevalentemente illeciti relativi alla violazione del marchio registrato […], fino ad arrivare alla contraffazione del prodotto stesso ed è legalmente impugnabile e sanzionabile. Il fenomeno *Italian Sounding*, invece, "fa riferimento all'imitazione di un prodotto/denominazione/marchio attraverso un richiamo alla presunta italianità che non trova fondamento nel prodotto stesso" e non è perseguibile». Cfr. *Qual è la differenza tra contraffazione agroalimentare e* Italian Sounding*?* In *authentico-ita.org*, 2017, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.authentico-ita.org/differenza-italian-sounding-contraffazione-agroalimentare/*.

[20] EURISPES, *Agromafie. 2° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia*, Datanews, Roma, 2013, p. 49.

[21] V. Giorgianni, *La tutela civilistica dei prodotti agroalimentari, tra disciplina italiana ed europea: pratiche commerciali sleali e* dumping, in F. Romeo (a cura di), *La difesa del* made in Italy *nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 56.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sti, allora, sfruttano questa dinamica e lo fanno quasi sempre a prezzi decisamente inferiori all'autentico, con potenziali rischi per la salute. A completare il quadro ci pensa suo malgrado il consumatore, spesso disattento o poco informato, che di norma guarda al solo prezzo e all'aspetto. In tal senso il falso *made in Italy* trova praticamente terreno fertile ovunque, facilitato sia da una legislazione in alcuni casi non sempre chiarissima, sia da scarsi controlli in determinati paesi. Non bisogna poi trascurare, denuncia ancora Eurispes, il fatto che gruppi e imprese straniere rilevino in misura crescente le aziende agroalimentari italiane, praticando in alcuni casi legalmente una forma raffinata e subdola – ma pur sempre legale – di *Italian sounding*[22].

Le tipologie di falso *made in Italy* agroalimentare presentano una casistica sterminata, in questa sede limitata al solo *Italian sounding* nel mercato giapponese. Sotto questo aspetto risulta di grande interesse il Rapporto 2022 "*Italian Sounding*: quanto vale e quali opportunità per le aziende agroalimentari italiane" stilato da Assocamerestero e The European House-Ambrosetti. L'indagine[23], cui hanno contribuito le Camere di Commercio Italiane all'Estero (CCIE), che analizza il fenomeno "partendo dal basso"[24], cioè direttamente dagli scaffali della GDO internazionale e interrogando 250 *retailer* di 10 paesi (USA, Canada, Brasile, Regno Unito, Germania, Francia, Paesi Bassi, Cina, Giappone e Australia) con focus dedicato a 11 prodotti tipici della tradizione agroalimentare italiana[25]. Più in generale, il giro d'affari dell'*Italian sounding* è stimato in 79,2 miliardi di euro mentre il valore dell'*export* nazionale agroalimentare italiano si attesta sui 50,1 miliardi. La metodologia usata per condurre l'indagine si basa su due coefficienti: uno per calcolare la presenza sugli scaffali dei supermercati di prodotti del vero italiano, l'altro consente di scontare l'effetto prezzo, cioè di depurare il risultato dalla quota di consumatori che, invece, scelgono prodotti non autentici attirati dalla convenienza[26].

[22] EURISPES, *op. cit*., p. 50 ss.

[23] Reperibile *online* all'indirizzo *https://www.assocamerestero.it/studi-e-indagini/italian-sounding-quanto-vale-quali-opportunita-aziende-agroalimentari-italiane*.

[24] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 46.

[25] Parmigiano, gorgonzola, prosciutto, salame, pasta di grano duro, pizza surgelata, olio-extra vergine di oliva, aceto balsamico, ragù, pesto e prosecco.

[26] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 14.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il dato più rilevante è che, in base al primo coefficiente[27], è proprio il Giappone il paese più interessato dall'*Italian sounding* (con una quota di prodotti non autentici del 70,9%)[28]. Alla base di questo dato, secondo lo studio, potrebbero esserci fattori limitanti per la filiera italiana come la distanza sia geografica che di consapevolezza per i consumatori giapponesi rispetto alle comprovate qualità del *made in Italy*, senza contare variabili normative e doganali[29]. Non sorprende, in effetti, che tale fenomeno emerga rispetto ai supermercati. Secondo uno studio[30] del 2019 di Assocamerestero in collaborazione con alcune CCIE (nell'ambito del progetto *True Italian Taste*)[31] sulla mappatura dell'*Italian sounding*[32] nel mercato asiatico (campione di sette paesi[33]), emerge che sono proprio i supermercati il principale luogo d'acquisto del falso italiano con un'incidenza del 64,2%; la percentuale, riferita al Giappone, è del 77,6%. Nonostante queste difficoltà, il mercato giapponese incarna pur sempre uno scenario strategico di altissimo livello. Una conferma si può trarre da un altro studio interessante pubblicato nel 2019 da Nomisma su un campione di 1.100 consumatori giapponesi. Oggetto dell'indagine fu la percezione dei prodotti agroalimentari italiani in Giappone. Gli intervistati hanno riconosciuto il primato del cibo italiano su altri *competitors* (USA, Francia) ma resta un'alta percentuale di consumatori perplessi dal prezzo nella scelta[34]. I più propensi all'acquisto rientrano nella fascia d'età 18-38 (curiosità) e 39-54 (alta capacità di spesa)[35].

[27] Sempre in base a questo coefficiente, i prodotti più colpiti risultano essere ragù (61,4%), parmigiano (61%) e aceto balsamico (60,5%).

[28] Seguono il Brasile (70,5%) e la Germania (67,9%).

[29] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 51.

[30] Cfr. Assocamerestero, *La mappatura dell'agroalimentare* Italian sounding *in Asia*, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, 2020.

[31] «Il progetto *True Italian Taste* è promosso e finanziato dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e realizzato da Assocamerestero in collaborazione con le Camere di Commercio italiane all'estero, per valorizzare e salvaguardare il prodotto agroalimentare autentico italiano. *True Italian Taste* è parte del programma "*The Extraordinary Italian Taste*"».

[32] Lo studio afferma che «quasi due italiani su tre (65%) hanno paura delle frodi e contraffazioni a tavola perché al danno economico si aggiungono i rischi per la salute».

[33] Cina, Corea del Sud, Giappone, India, Singapore, Thailandia e Vietnam.

[34] Il punto verrà ripreso nelle conclusioni.

[35] Federvini, *Giappone: nel decennio +50% l'import di alimentare* Made in

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

3. *La tutela dei prodotti italiani*

3.1. *L'Accordo UE-Giappone*

Fondamentale per la protezione dell'agroalimentare all'estero è ottenere la protezione effettiva delle numerose IG italiane da parte del paese importatore[36]. Il sistema delle IG è andato diffondendosi sulla scena globale e molti Stati hanno implementato o creato regimi *ad hoc* talvolta oggetto di accordi bilaterali o multilaterali nelle logiche sempre più complesse del mercato globalizzato. Assicurare la protezione delle IG italiane all'estero è il mezzo principale per contrastare l'*Italian sounding*, ponendo in capo al paese importatore il compito di vigilare, in aggiunta ad altri mezzi che verranno più avanti descritti. In questo discorso rientra pienamente la tutela offerta dall'EPA tra UE e Giappone che si inserisce in una più ampia azione europea avente ad oggetto i propri prodotti e di cui esistono altri esempi[37]. È bene tener presente che l'EPA tiene conto solo della nozione di IG così come descritta nell'art. 22 dell'Accordo TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), quasi interamente ripreso all'art. 14.22 dell'EPA. Pertanto, l'Accordo UE-Giappone non tiene conto dell'ulteriore distinzione europea tra DOP ("Denominazione di Origine Protetta") e IGP ("Indicazione geografica protetta"), entrambe previste per prodotti

Italy, in *federvini.it*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.federvini.it/news-cat/1405-nomisma-dopo-l-accordo-con-la-ue-ecco-le-prospettive-per-il-made-in-italy-in-giappone*.

[36] In dottrina, riguardo gli sforzi dell'UE nel tutelare le proprie merci altrove tramite accordi con paesi terzi, è stata avanzata la perplessità se tale strategia di reciprocità non comporti una sorta di limitazione al commercio internazionale, se non addirittura un'imposizione giuridica europea su altri contesti che ad essa devono "adattarsi". Cfr. A. Sciaudone, *Le regole dell'UE in tema di qualità dei prodotti agroalimentari e il commercio con i paesi terzi*, in «Rivista di Diritto Alimentare», n. 4, 2010, p. 7.

[37] Questa tipologia di accordi si è accresciuta negli ultimi anni. Il 6 novembre 2019 l'UE ha raggiunto un accordo simile all'EPA con la Cina per la tutela reciproca di centinaia di IG. Cfr. E. Poleis, *Accordo tra UE e Cina per la tutela di 200 prodotti a indicazione geografica*, in *iusinitinere.it*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.iusinitinere.it/accordo-tra-ue-e-cina-per-la-tutela-di-200-prodotti-a-indicazione-geografica-30924*. Altri esempi hanno interessato Svizzera, Nuova Zelanda, Messico, USA e paesi MERCOSUR.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

alimentari e vini[38]. Le IG europee[39] iscritte nell'apposito registro previsto del Regolamento UE 1151/2012 (sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari), in ogni caso, risultano protette in quanto diritti di proprietà intellettuale nel territorio dell'Unione, ai sensi del Regolamento UE 608/2013 (relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali), allo stesso modo di marchi, diritti d'autore e brevetti, con alcune peculiarità che discendono dalla loro natura pubblicistica[40].

L'EPA, in vigore dal 1° febbraio 2019, prevede una serie di facilitazioni le quali, succintamente, riducono gli ostacoli che le imprese europee incontrano quando esportano in Giappone, aiutandole a competere meglio in questo mercato[41]. L'Accordo – di cui vengono evidenziati solo alcuni punti – interviene sul regime dei dazi doganali, del trattamento non discriminatorio e garantisce una maggiore apertura di mercato in alcuni settori. In particolare, tra le garanzie riconosciute dall'EPA spicca il rinforzo della tutela della proprietà intellettuale in Giappone e la protezione delle IG[42] così come individuate dal Legislatore europeo, con

[38] Cui va aggiunta anche la IG specifica per le bevande spiritose e vini aromatizzati. In ogni caso, «il sistema delle indicazioni geografiche dell'UE protegge i nomi di prodotti provenienti da regioni specifiche e che possiedono qualità specifiche o godono di una reputazione legata al territorio di produzione». Cfr. Commissione UE, *Regimi di qualità: come funzionano*, in *agriculture.ec.europa.eu*, disponibile *online* all'indirizzo *https://agriculture.ec.europa.eu/farming/geographical-indications-and-quality-schemes/geographical-indications-and-quality-schemes-explained_it*.

[39] Recentissimo è l'accordo raggiunto in seno all'UE sulla proposta di un nuovo Regolamento sulle IG che dovrebbe fornire un quadro giuridico unico e modernizzato alle Denominazioni di Qualità dei prodotti agroalimentari europei.

[40] Cfr. G. Torre, *La tutela delle indicazioni geografiche originarie dell'Unione europea oggetto di esportazione in Paesi terzi. Il caso «Feta» nel contesto della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in «Rivista Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente», n. 6, 2022, p. 1.

[41] Commissione UE, *Accordo di partenariato economico UE-Giappone*, in *trade.ec.europa.eu*, disponibile *online* all'indirizzo *https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/it/content/accordo-di-partenariato-economico-ue-giappone#:~:text=L%27APE%20UE%2DGiappone%20afferma,farmaceutici%20e%20i%20prodotti%20chimici%20agricoli*.

[42] Il testo dell'EPA nell'allegato 14-B (aggiornabile) tutela oltre 200 IG europee di cui 44 italiane. Attualmente, grazie agli ultimi aggiornamenti, si è giunti a 52 italiane IG protette (26 del *food* e 26 del *beverage*). Cfr. The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 83.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

l'aggiornamento annuale della protezione di nuove certificazioni negli interscambi di prodotti agroalimentari (fino a 28 all'anno)[43]. La protezione accordata in terra giapponese ai prodotti e alle imprese europee, comprese quelle del *made in Italy* agroalimentare, permette di prevedere nuove interessanti strategie, andando al di là del protezionismo che in passato, anche a causa dei dazi, ha interessato i prodotti alimentari provenienti dall'Occidente. Per gli imprenditori italiani l'EPA si presenta come un'opportunità dato che esso comporta – di fatto – la creazione di una zona di libero scambio che, direttamente o indirettamente, può interessare 635 milioni di consumatori e quasi il 30% del PIL mondiale[44].

Passando ad alcune disposizioni dell'EPA, l'art. 14.22, suddiviso in due commi, delimita il campo d'azione, nel primo di essi, «al riconoscimento e alla protezione delle indicazioni geografiche di vini, bevande spiritose e altre bevande alcoliche nonché di prodotti agricoli originari delle Parti». L'altro comma specifica che per IG si intendono le «indicazioni che identificano un prodotto come originario del territorio di una Parte, o di una regione o località di detto territorio, quando una determinata qualità, la notorietà o altre caratteristiche del prodotto siano essenzialmente attribuibili alla sua origine geografica»[45]. L'art. 14.23 impegna le parti a istituire o mantenere in vigore un sistema per la registrazione e la protezione delle IG nel proprio territorio. Come si dirà in sede di ordinamento giapponese, il fatto che questo Accordo sancisca l'impegno del governo di Tokyo nella tutela dei diritti di proprietà intellettuale delle IG europee, prevedendo al medesimo articolo, inoltre, una serie di misure che il sistema dovrebbe avere, consente un livello di protezione piuttosto elevato. L'art. 14.25, infatti, prevede che le parti predispongano gli strumenti giuridici atti alla protezione delle IG elencate nell'EPA al fine di impedire (con annessa casistica[46]) l'uso di

[43] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 83.

[44] *Ibidem*.

[45] Il testo precisa che ai fini di tale sottosezione dell'art. 14.22, per quanto riguarda la protezione delle IG in Giappone, per "prodotti agricoli" si intendono «i prodotti agricoli, forestali e della pesca, come pure i prodotti alimentari escluse le bevande alcoliche». Viene ripresa la definizione di prodotti agricoli IG presente anche nella Legge giapponese sulle IG, oggetto del prossimo paragrafo.

[46] Tra cui l'indicazione della vera origine del prodotto. Quindi anche in questo caso che interessa direttamente il *made in Italy* può essere impiegata la tutela prevista dall'articolo.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

«un'indicazione geografica che identifica un prodotto per un prodotto simile non conforme alle prescrizioni applicabili del disciplinare dell'indicazione geografica […]»[47]. È previsto che a partire dall'entrata in vigore dell'EPA, il Giappone sia tenuto ad opporsi alla richiesta di registrazione di quei marchi che per le loro caratteristiche siano in grado di creare confusione nel consumatore riguardo all'origine e alla qualità del prodotto.

Quanto previsto dall'art. 14.25 trova un limite nell'art. 14.29 inerente al periodo transitorio, permettendo di concludere il discorso EPA con alcune problematiche. Innanzitutto, questo regime transitorio permette la coesistenza di IG simili se non addirittura identiche a quelle già elencate (e per questo protette) nel testo (all'Allegato 14-B). Questo periodo è di sette anni per i prodotti agroalimentari e di cinque per vini e altre bevande alcoliche[48]. Una situazione simile si ritrova nell'art. 14.27 ("Relazione con i marchi") laddove è permessa la coesistenza, in uso parallelo, purché la domanda di registrazione del prodotto «sia presentata dopo la data applicabile per la protezione dell'indicazione geografica nel territorio interessato»[49]. La domanda o la registrazione del marchio (o i diritti sull'uso), poi, devono essere state ottenute in buona fede prima che «un'indicazione geografica sia protetta a norma del presente accordo» (cfr. art. 14.27.5). Infine, com'è stato rilevato da uno studio[50], la tutela dell'EPA in effetti ri-

[47] Uno dei primi casi di applicazione dell'EPA fu quello della mozzarella di bufala campana DOP. Questa IG, protetta dall'Accordo, è stata più volte oggetto di imitazione. Nel 2019 il Consorzio di Tutela di questa IG scoprì l'esistenza di una "mozzarella MU MU" giapponese recante impropriamente il marchio DOP e altri simboli ingannevoli sulla vera origine. Ancor più grave che questo prodotto fosse presente al FOODEX di Tokyo, dove il Consorzio lo scoprì. Successivamente, il caso fu portato all'attenzione della Commissione UE. Cfr. *Scoperta in Giappone una falsa mozzarella di bufala dop*, in *napoli.repubblica.it*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://napoli.repubblica.it/cronaca/2019/03/08/news/scoperta_in_giappone_una_falsa_mozzarella_di_bufala_dop-221009583/*.

[48] In ambedue i casi «a partire dalla data della protezione accordata dalla prima Parte a tale indicazione geografica».

[49] La prima parte della sottosezione recita: «Se un'indicazione geografica è protetta a norma della presente sottosezione, ciascuna Parte rifiuta di registrare un marchio il cui uso potrebbe indurre in errore riguardo alla qualità del prodotto […]».

[50] E.L. Arancio, Export *agroalimentare in Giappone e* Italian sounding *come proteggere le eccellenze italiane?* Mondo Internazionale, Gallarate, 2023, p. 9.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

guarda solo i termini inseriti nella lista delle IG, che contiene però molti nomi compositi (es. "Parmigiano Reggiano", "Pecorino Romano", "Aceto Balsamico di Modena"). Viene sottolineato questo permetta la possibilità «di commercializzare prodotti e persino registrare marchi che comprendono una sola parte di tali termini (come, ad esempio, avviene con il già citato "Parmesan", e come potrebbe ancora avvenire per marchi/prodotti futuri)»[51]. È chiaro come queste disposizioni possano creare non pochi problemi in materia di *Italian Sounding*[52]. Quindi, nonostante gli indubbi vantaggi che l'EPA reca con sé, un'ulteriore fonte di protezione per il *made in Italy* può provenire direttamente dalle leggi giapponesi.

3.2. *La Legge giapponese sulle IG*

Oltre a quanto sancito dall'EPA, un aiuto prezioso può provenire dalla normativa giapponese in materia, nello specifico dalla Legge n. 84 del 2014 sulle IG (cosiddetto "GI Act")[53] mirata a proteggere i produttori di determinati prodotti agricoli per quanto concerne la proprietà intellettuale, così come a promuoverne i marchi e, naturalmente, a proteggere la salute dei consumatori[54]. La logica del "Sistema di Tutela dell'Indicazione Geografica" giapponese è tutelare e valorizzare quei prodotti agricoli che devono la loro qualità e reputazione a fattori quali i metodi di produzione unici e le caratteristiche naturali dei luoghi d'origine geografica, come il clima regionale e le condizioni del suolo[55]. Pertanto, quanto si è detto per i marchi di qualità UE

[51] *Ibidem.*

[52] E.L. Arancio, *op. cit*., pp. 8-9.

[53] Il sistema giapponese delle IG per i prodotti agricoli e alimentari venne lanciato nel 2015 e le leggi adottate dal governo richiedono standard e regole sul modello dell'UE. Cfr. A. Tashiro, Y. Uchiyama, R. Kohsaka, *Internal processes of Geographical Indication and their effects: an evaluation framework for geographical indication applicants in Japan*, in «Journal of Ethnic Foods», v. 5., n. 3, 2018, p. 203.

[54] J. Kimura, *Dawn of Geographical Indications in Japan Strategic Marketing Management of GI Products Candidates,* 145th EAAE Seminar, Parma 14-15 aprile, 2015, p. 1, disponibile *online* all'indirizzo ageconsearch.umn.edu/search?cc=714&ln=en&c=714.

[55] Cfr. il sito informativo sulla IG giapponese del Ministero dell'Agricoltura, delle Foreste e della Pesca disponibile online all'indirizzo *https://pd.jgic.jp/en/outline.html*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

vale in questo caso: per un prodotto presente nel mercato giapponese ottenere la IG[56] consente al pubblico di nutrire verso lo stesso e il suo produttore maggiore fiducia, distinguendo i prodotti garantiti e d'eccellenza dagli altri. Ad ogni modo, la Legge (*Tokutei Norin Suisan Butsu to no Meisho no Hogo ni Kansuru Horitsu*)[57], approvata il 18 giugno 2014, è in vigore dal 1° giugno 2015 ed ha istituito un sistema di protezione delle IG, aperto ai prodotti stranieri, simile a quello europeo e che si aggiunge al «precedente sistema di protezione ai sensi della normativa sui marchi collettivi, che permette la registrazione di un marchio composto da un nome regionale e uno generico»[58], sul quale non è possibile in questa sede soffermarsi[59].

Il testo normativo in oggetto afferma che per IG[60] deve intendersi il nome di un prodotto agricolo contraddistinto per peculiari caratteristiche qualitative identificabili con un'origine geografica ben definita e che, quindi, reca il marchio IG con apposita dicitura[61]. Quest'ultima è riservata[62] solo a quei prodotti che rispettino determinati standard di qualità e impegna il governo giapponese a vigilare sulla gestione di tale marchio e su eventuali usi impropri[63]. Infatti, un punto a favore della tutela apprestata da GI Act è, sulla falsariga

[56] Ad oggi sono 131 i prodotti alimentari marchiati IG in Giappone.

[57] Testo della Legge disponibile in giapponese *online* all'indirizzo *https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18605081.htm*.

[58] E.L. Arancio, *op. cit*., p. 9.

[59] In merito al sistema dei marchi collettivi regionali, previsto dalla Legge sui marchi (Legge 127/1959, articolo 7-2, inserito dalla legge n. 56 del 2005), può solo accennarsi che esso consente la registrazione di marchi composti da un nome regionale ed un nome generico e si differenzia da quello sulle IG in diversi punti. Ad ogni modo, è possibile registrare il prodotto in entrambi i sistemi in base anche a scelte imprenditoriali. Cfr. The Japan Agricultural News, *Geographical indication law - a push for local brand promotion*, in *english.agrinews.co.jp*, 2014, disponibile *online* all'indirizzo *http://english.agrinews.co.jp/?p=2235*.

[60] Cfr. art. 2 commi 2 e 3.

[61] Cfr. art. 3.1.

[62] Cfr. art. 6 riguardante la domanda di registrazione (da indirizzare al Ministero dell'Agricoltura). *Online* all'indirizzo *https://fmric.or.jp/gidesk/ è possibile per gli interessati ricevere supporto in merito*.

[63] Cfr. S. Umeda, Japan: Geographical Indication Act Promulgated, in *www.loc.gov*, 2014, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2014-09-24/japan-geographical-indication-act-promulgated/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di quanto già visto per l'EPA, l'*enforcement ex officio* che il governo dovrebbe garantire a tutela delle IG, supponendo che tale azione sia più immediata ed efficace però rispetto al meccanismo EPA, per quanto attiene ai prodotti europei (e italiani)[64]. Competente per tutto ciò che riguarda le IG, come emerge dalla Legge, è il Ministero dell'Agricoltura, delle Foreste e della Pesca, il quale si occupa di tutti i principali passaggi, dall'accogliere le domande di registrazione del prodotto alla gestione delle violazioni in merito. L'art. 1 della Legge istituisce, appunto, un "sistema di protezione delle denominazioni di determinati prodotti[65] agricoli, forestali e della pesca" con lo scopo di tutelare gli interessi dei loro produttori e "contribuendo allo sviluppo dell'agricoltura, della silvicoltura e della pesca e delle industrie connesse, e proteggendo al contempo gli interessi dei consumatori"[66]. Il c. 2 dell'art. 2 specifica che i prodotti di cui all'articolo precedente sono da intendersi (I) o quelli fabbricati in un luogo, una regione o un paese specifici oppure (II) quelli la cui qualità, reputazione e le altre caratteristiche accertate sono principalmente riconducibili alla zona di produzione di cui al punto precedente.

In conclusione, per un prodotto straniero, quale può essere un *made in Italy*, poter fregiarsi della IG giapponese[67] significa stabilire una connessione diretta con i consumatori locali, sicuramente più a loro agio con i marchi di qualità nazionali che non con quelli europei. Si tratterebbe di una vetrina di grande importanza, soprattutto nella GDO dove, come si è visto, l'*Italian Sounding* spadroneggia. Tuttavia, sorprende che al momento l'unico prodotto italiano che abbia ottenuto questo marchio sia il Prosciutto di Parma, registrato il

[64] E.L. Arancio, *op. cit*., p. 10.

[65] L'art. 2 elenca cosa debba intendersi a norma del precedente citando (I) i prodotti dell'agricoltura, della silvicoltura e della pesca (limitatamente a quelli commestibili), (II) i cibi e bevande (salvo alcune esclusioni), (III) i prodotti dell'agricoltura, della silvicoltura e della pesca specificati dall'ordinanza del Gabinetto (esclusi quelli del punto I) e, infine, (IV) i prodotti fabbricati o trasformati utilizzando prodotti agricoli, forestali e della pesca come materie prime o materiali (salvo quelli elencati al punto II), specificati dall'ordinanza del Gabinetto.

[66] Traduzione mia.

[67] Delle 131 IG presenti nell'elenco ministeriale solo 3 provengono dall'estero. Oltre al Prosciutto di Parma vi sono i frutti vietnamiti Luc Ngan Lychee e Binh Thuan Dragon Fruit.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

15 settembre 2017[68]. Di questo prodotto il sito dedicato alle IG del Ministero giapponese fornisce diverse informazioni come la zona e il metodo di produzione, senza contare molte curiosità utili ai consumatori[69]. Alla luce di quest'ultimo caso risulta evidente la necessità di una maggiore opera di conoscenza in favore degli imprenditori italiani di questo strumento, probabilmente poco considerato.

4. *Conclusioni*

Gli strumenti giuridici esaminati rappresentano la miglior difesa per il *made in Italy* agroalimentare in Giappone ma molto altro può essere realizzato direttamente sul campo con iniziative di sensibilizzazione e promozione del vero prodotto italiano. Essendo l'*Italian Sounding* un fenomeno trasversale, dello stesso tipo dovrebbe essere la risposta. Il Rapporto 2022 di Assocamerestero e The European House-Ambrosetti più volte citato propone delle strategie in merito. Si tratta di sette linee guida (a loro volta suddivise in azioni concrete) componenti il «Manifesto per il contrasto all'Italian Sounding» e destinate a tutti i soggetti coinvolti, dagli attori politico-istituzionali, alle aziende, fino ai consumatori[70]:

1. Dotarsi di una visione Paese condivisa per favorire la consapevolezza del consumatore straniero verso le valenze distintive del *made in Italy* agroalimentare;
2. Ridurre le barriere tariffarie e doganali;
3. Introdurre meccanismi di disincentivazione dell'indicazione fallace;
4. Integrare le forze politico-istituzionali nazionali presenti all'estero;
5. Favorire la crescita di massa critica delle aziende italiane del *food and beverage* che possa rafforzare la loro competitività internazionale e l'innovazione nelle strategie di *marketing*;
6. Far leva sugli italiani all'estero come ambasciatori del *made in Italy*;

[68] Proprio il prosciutto in Giappone è uno dei prodotti più presenti tra i "falsi" italiani. Cfr. The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., p. 50.

[69] Cfr. scheda tematica sul sito informativo della IG giapponese disponibile *online* all'indirizzo *https://pd.jgic.jp/en/register/entry/41.html*.

[70] The European House-Ambrosetti, Assocamerestero, *op. cit*., pp. 71-72.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

7. Favorire l'adozione di soluzioni che consentano la tracciabilità dei prodotti[71].

Non è possibile analizzare singolarmente queste valide proposte, alcune delle quali emerse in diversa misura nel corso del lavoro, ma si può fare una sorta di "riassunto" programmatico su come contrastare il problema. Al di là di accordi, leggi e di proposte di conferenze internazionali[72], è pur sempre il consumatore a fare la scelta finale (in una logica opposta tra leggi formali e regole informali), accordando di volta in volta fiducia ad un prodotto falso perché tratto in inganno o attirato dal prezzo. Iniziative tese all'educazione della platea estera sul *made in Italy* sono basilari per stabilire una connessione diretta. Eventi e fiere[73] dove i diversi *stakeholders* possono conoscere e provare i prodotti italiani, imparando a distinguere il falso e riconoscerne i rischi, sono solo il primo passo. L'Expo di Osaka nel 2025 sarà, appunto, un'occasione imperdibile per gli imprenditori italiani, supportati dalle Istituzioni, per far conoscere direttamente quel "saper fare" italiano citato in apertura[74]. Sicché, oltre alla cura dei consumatori giapponesi e agli sforzi delle Autorità italo-giapponesi, molto spetta alle stesse aziende italiane. Come si è visto nel caso del-

[71] In tal senso è interessante la crescita in Italia dell'utilizzo della tecnologia blockchain nelle filiere agroalimentari. Sul punto cfr. M. Di Cola, Blockchain *a tutela del* Made in Italy*: un aiuto alle PMI per incrementare competitività e* export, in *ipsoa.it*, 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2021/05/27/blockchain-tutela-made-italy-aiuto-pmi-incrementare-competitivita-export*.

[72] Il riferimento è ad una possibile conferenza internazionale per l'adozione di una convenzione per la lotta contro la contraffazione e la falsa evocazione dei marchi dei prodotti agroalimentari. Per una panoramica delle possibili *best practices* cfr. V. Marinello, M. Cavataio, *La contraffazione del* made in Italy *Impatto del fenomeno e politiche di contrasto*, in «Rivista Trimestrale di Scienze dell'Amministrazione», n. 4, 2016, pp. 8-11.

[73] Oltre al citato *True Italian Taste* possono menzionarsi progetti come: Italia Amore Mio, il FOODEX di Tokyo, i *Gala Dinner* delle ICCJ, seminari informativi, *cooking show* di chef italiani e molto altro.

[74] Cfr. Consolato generale d'Italia a Osaka, *Tesori d'Italia verso EXPO Osaka 2025 - Cooperazione Italia-Giappone*, in *consosaka.esteri.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://consosaka.esteri.it/it/news/dal_consolato/2023/04/tesori-d-italia-verso-expo-osaka/#:~:text=Tesori%20d%27Italia%20ha%20presentato,%2C%20tecnologia%2C%20e%20non%20solo*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

la Legge 84/2014, gli imprenditori dovrebbero avere più audacia nel farsi avanti, non affidandosi esclusivamente alle iniziative europee. Dall'altra parte del mondo il *made in Italy* non può permettersi di essere confuso col *made in* di altri Stati membri perché con alcuni di essi la competizione è diretta. Non solo: patendo il Giappone un invecchiamento demografico simile a quello italiano ed avendo una fortissima e fiera identità culturale (anche gastronomica), bisogna tener conto che un'ampia fetta di mercato potrebbe risultare restia ad aprirsi verso prodotti esteri e per di più costosi, preferendo cibo locale e della tradizione nazionale[75]. Quindi, l'obiettivo finale è promuovere uno sforzo collettivo (richiamandosi alla prima linea guida) che rafforzi l'immagine dei prodotti italiani in Giappone come unici nel loro genere, invertendo il flusso dell'*Italian Sounding* in qualcosa di buono, cioè la suddetta "consapevolezza".

[75] Secondo l'indagine condotta da Nomisma citata a p. 5, oltre ai segmenti menzionati vi sarebbe un 48% rilevato di c.d. "tradizionalisti-cauti", cioè consumatori che non si sono dichiarati disposti ad acquistare ad occhi chiusi un prodotto italiano. Questo gruppo è risultato più numeroso rispetto agli altri. Cfr. Federvini, *op. cit*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Diana Roa

Colombia, un país sin garantías para la defensa de los derechos y liderazgos sociales

Sommario: 1. Introducción. – 2. Líderes sin garantías. – 3. "Falsos positivos": presentar resultados a como diera lugar. – 4. Los esfuerzos por construir la paz y el papel de los líderes sociales que defienden los derechos humanos. – 5. Ataques generalizados y sistemáticos en contra de los líderes sociales en Colombia. – 6. El papel de los líderes comunales. – 7. Líderes ambientales, los más atacados. – 8. Conclusiones.

1. *Introducción*

Desde cuando se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en París en la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948[1], donde participaron 58 Estados y se obtuvieron 48 votos a favor, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha adquirido gran fuerza e importancia. Por supuesto que antes de dicho instrumento hubo muchos momentos en la historia, que hicieron posible el desarrollo y reconocimiento de los derechos en algunos grupos sociales; sin embargo, solo a partir de la proclamación de este documento es que los DD. HH. cobran fuerza y magnitud, y se reconoce la universalidad de estos.

Hablar de derechos humanos en Colombia es un problema cotidiano, escuchar noticias sobre líderes asesinados hace parte del diario vivir. En la historia de la humanidad esto ha sido una constante: la guerra entre regiones, los conflictos internos en los países que pelean por tener una vida mejor, por tener unos derechos fundamentales, eso es lo que hoy llamamos "derechos humanos". En Colombia ser líder

[1] Naciones Unidas, *La declaración Universal de Derechos Humanos*, disponible online en *https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

social, líder ambiental, líder cultural se volvió tan peligroso como ser un judío en la Alemania de la segunda guerra mundial.

Los horrores de las Guerras Mundiales y los distintos conflictos armados que la humanidad ha superado durante su historia nos llevan a pensar que todos debemos de mantener una justicia social relevante, que garantice el mantenimiento de la paz, el respeto, la promoción y protección de los derechos humanos.

Una vez firmado el proceso de paz en Colombia en noviembre de 2016[2], surgieron personas que buscaban cuidar la comunidad donde vivían, el medio ambiente que habitaban, recuperar sus tierras que le habían sido arrebatadas, pero esto terminó siendo un tema de emergencia nacional, ya que cegaban las voces de aquellos que lo único que buscaban era un país mejor, preservando el medio ambiente y buscando equidad para todas las personas. Según las cifras[3], en Colombia van más de 1200 líderes asesinados desde el acuerdo de paz, es decir, en tan solo 6 años. Pese a todo lo avanzado y a los grandes esfuerzos realizados por la Comunidad Internacional, todavía se ven limitaciones y falencias que afectan la protección de los derechos humanos en el derecho Internacional Humanitario (DIH).

2. *Líderes sin garantías*

¿Qué es un líder social? Para Naciones Unidas, según el escritor Ariel Ávila en *¿Por qué los matan?*, un líder y defensor de derechos humanos:

> Describe a la persona que, individualmente o junto con otras, se esfuerza en promover o proteger esos derechos. Se les conoce sobre todo por lo que hacen y la mejor forma de explicar lo que son consiste en describir sus actividades y algunos de los contextos en que actúan. Defender el territorio hasta con su propia vida, es ser vocero en pro del

[2] Gobierno de Colombia, FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 2016, disponible online en *https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx*.

[3] *1327 líderes sociales y firmantes de paz han sido asesinados tras la firma del acuerdo en Colombia*, en *Infobae*, 2022, disponible online en *https://www.infobae.com/america/colombia/2022/03/18/1327-lideres-sociales-y-firmantes-de-paz-han-sido-asesinados-tras-la-firma-del-acuerdo-en-colombia/*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> fortalecimiento y cuidado de la cultura y el territorio, es ser la voz de los que callan, es dejarlo todo por una comunidad, es ser un defensor del territorio y cuidar las culturas ancestrales, es defender los derechos humanos y clamar por la justicia y los derechos, es defender la madre tierra porque ahí está toda nuestra cultura. Sus actividades les pone en el blanco de múltiples ataques de grupos armados para silenciar sus denuncias y revelaciones. Hacen su trabajo desde lo local, pero su labor puede tener incidencia en el plano internacional de los derechos humanos[4].

Varias son las clases de liderazgos sociales que encontramos en el país; se encuentran los líderes comunales y comunitarios, los que representan las causas de campesinos, indígenas, afrodescendientes, de las mujeres, de los niños, de los trabajadores, de las víctimas del conflicto armado, de la población LGBTIQ+; los que luchan por los derechos culturales, ambientales, económicos y culturales.

Aun así, su ejercicio de liderazgo social no constituye una lista determinada de acciones, pues su labor es cada vez más diversa según el contexto, la comunidad de la que hacen parte, la afiliación política y/o religiosa y el territorio donde se encuentran. Su labor está atada a acciones verificables en la defensa de uno o varios derechos humanos y su liderazgo es reconocido por la comunidad, organización o colectivo, en favor de los derechos de todos los miembros.

No obstante, la institucionalidad del Estado en Colombia ha comenzado a apropiar el concepto de líder social o defensor de derechos humanos derivada de la declaración sobre el derecho y el deber de defender los derechos humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se determina «[…] el derecho y el deber de individuos, los grupos y las instituciones a promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales […]»[5] y la cual ha sido ratificada por los países de la organización de Estados americanos, en la

[4] A. Ávila, *¿Por qué los matan?*. En *Colombia cada día asesinan dos líderes o lideresas sociales. Radiografía de un fenómeno que está matando nuestra democracia*, Planeta, Bogotá, 2020, p. 21.

[5] Naciones Unidas, *Asamblea General 56/163. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, 1999, disponible online en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

declaración AG/RES. 1671[6]; en esta los Estados miembros reconocieron la tarea y los derechos de personas, grupos y organizaciones dedicados a la promoción, respeto y protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, así como la eliminación efectiva de las violaciones a los Derechos Humanos en el plano regional y nacional.

Vale rescatar el concepto de defensor de derechos humanos. La Comisión Interamericana ha establecido que un defensor o defensora de derechos humanos es «toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional»[7]. Esta amplia definición abarca las actividades profesionales o luchas personales o sociales que tienen incluso una vinculación solamente ocasional con la defensa de los derechos humanos. Asimismo, incluye a los operadores de justicia, quienes desde su función contribuyen a la realización del acceso a la justicia, ya sea a través de la representación de una víctima, de la investigación, sanción y/o reparación de una violación, o impartiendo justicia en forma independiente e imparcial.

Por su parte, el Estado colombiano ha reconocido el trabajo de los líderes sociales y el derecho a defender los derechos humanos estableciendo un marco normativo basado en la Constitución Política de Colombia, la declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y especialmente los definidos para estas personas en la «Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales» y la Declaración sobre la protección de las defensoras de los derechos humanos y las personas defensoras de los derechos de la mujer de la Organización de las Naciones Unidas[8].

[6] Naciones Unidas, *Asamblea General AG/RES. 1671. Defensores de derechos humanos en las Américas. Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*, 1999, disponible online en *https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/agres1671.pdf*.

[7] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, 2011, p. 4, disponible online en *https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=1873*.

[8] Naciones Unidas, *Asamblea General 68/181. Promoción de la Declaración so-*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Definir la actividad que realizan los líderes sociales no es tan simple. Los líderes sociales en Colombia se enfrentan a una amplia gama de problemáticas sociales en territorios en donde el Estado históricamente ha estado ausente y en donde poblaciones enteras se encuentran bajo el control de grupos armados: allí es donde los líderes sociales asumen la representatividad de las causas de estas comunidades.

Estas son las causas que los investigadores han demostrado estar asociadas al fenómeno de la violencia que enfrentan los líderes sociales en la actualidad, lo que los convierte en blanco de la violencia organizada toda vez que dichas causas incomodan a los que denuncian temas tan complejos como la connivencia del Estado con los grupos paramilitares, los crímenes de Estado, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, la estigmatización, la persecución política y los montajes judiciales. La intimidación y el hostigamiento hacen parte de la cotidianidad del país y los espacios para su accionar son más estrechos y violentos. Según la JEP (Jurisdicción Especial para la Paz)[9] es el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y no repetición , creado por el gobierno Nacional en el 2017 por el acuerdo de Paz entre el gobierno nacional y las FARC-EP, mediante el acto legislativo 01 de 2017 por el Congreso de la República[10].

Su labor se puede ver reflejada en las agendas territoriales de paz, en zonas humanitarias, en luchas campesinas, indígenas y afro; en los aportes a las comisiones de la verdad, en los avances normativos en derechos humanos, en la generación de un movimiento de recuperación de la memoria histórica. Su labor es la expresión de demandas auténticas y de reivindicación de los derechos humanos, de recuperar el sentido de dignidad y de la vida misma.

Su capacidad de acción la realizan en el plano nacional y local, y su trabajo puede llegar a tener incidencia internacional. Michael

bre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos: protección de las defensoras de los derechos humanos y los defensores de los derechos de la mujer, 2014, disponible online en *https://www.suin-juriscol.gov.co/archivo/lideresas/RES68181ONU.pdf*.

[9] JEP, *Jurisdicción especial para la paz*, 2017, disponible online en *https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx*.

[10] Congreso de la República, Acto legislativo n. 01 del 4 de abril de 2017.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Frost, ex relator especial de la ONU sobre defensores de derechos humanos, se refirió así a esta labor:

> Son miembros de organizaciones de la sociedad civil, periodistas, bloggers, informantes y activistas políticos que abogan por los derechos de libertad de expresión, libre derecho de reunión y ambiente seguro y saludable. No necesitan pertenecer a una organización registrada para ser defensores y defensoras de los derechos humanos. Pueden ser hombres y mujeres comunes, que creen en la universalidad de los derechos humanos y actúan para defenderlos. Son agentes de cambio, que preservan la democracia, asegurando que permanezca abierta plural y participativa[11].

En un país que se encuentra sumergido en un conflicto armado de más de 50 años y que ha dejado miles de víctimas según cifras del Centro Nacional de Memoria Histórica – «entre 1958 y 2012 se presentaron 357.108 hechos violentos que dejaron más de 265 mil víctimas fatales y 416 mil víctimas en todo al país»[12] –, ejercer el liderazgo social es mucho más riesgoso.

Cuando los líderes sociales hacen denuncias, muchas de estas tocan las fibras de poderes políticos e intereses económicos vinculados al narcotráfico y/o a economías y rentas ilegales, y legales como son los monocultivos, megaproyectos y la ganadería extensiva. Así como las denuncias en contra de funcionarios del Estado implicados en graves violaciones a los derechos humanos como los casos de las ejecuciones extrajudiciales o mal llamados falsos positivos.

3. *"Falsos positivos": presentar resultados a como diera lugar*

El 19 de julio, en una desgarradora confesión, 15 exmilitares colombianos reconocieron su responsabilidad ante la Jurisdicción Es-

[11] M. Forst, *Declaración de fin de misión del relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores y las defensoras de derechos humanos, Michel Forst visita a Colombia*, 2018, disponible online en *https://www.ohchr.org/es/statements/2018/11/end-mission-statement-united-nations-special-rapporteur-situation-human-rights*.

[12] Centro Nacional de Memoria histórica, *Los registros estadísticos del Conflicto armado Colombiano*, 2018, p. 38, disponible online en *https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/un-viaje-por-la-memoria-historica/pdf/cifras.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

pecial para la Paz (JEP), por los hechos ocurridos desde el 2002 en el Cesar, departamento del norte de Colombia[13]. Este es uno de los casos emblemáticos de los falsos positivos. El magistrado Alejandro Ramelli tomó la palabra para señalar que es el primer patrón de macro criminalidad en el que se justificaban asesinatos, del que denominan enemigo. Este patrón se dio tras cuatro modalidades, como el asesinato de 103 personas en 54 eventos.

Por su parte, el suboficial retirado del ejército Néstor Guillermo Gutiérrez dijo durante la audiencia:

> Maquinamos un teatro para mostrar un supuesto combate, por la presión que había de los altos mandos. Yo ejecuté a familiares de los que están acá, asesinándolos cruelmente y poniéndoles un arma para decir que eran guerrilleros. Asesiné cobardemente, les arrebaté la ilusión a sus hijos, les desgarré el corazón a sus madres por la presión de unos falsos resultados, por tener contento a un gobierno. No es justo, no es justo[14].

Así, poco a poco, la justicia colombiana, en este caso la JEP, ha podido demostrar, con los antecedentes de estos casos y los aportes hechos por los familiares de las víctimas y las comunidades, que en un afán por presentar resultados exitosos por parte de la fuerza pública en contra de las organizaciones delictivas y con el fin de obtener retribuciones y beneficios, los mal llamados "falsos positivos" se convirtieron en una práctica perversa al interior de las fuerzas armadas, comprometiendo gravemente su legitimidad.

Según el informe del Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU).

> las presuntas víctimas fueron ejecutadas por miembros del ejército, que habrían alterado la escena del crimen y cambiado sus vestimentas, para

[13] D. Pardo, *Falsos positivos en Colombia: las desgarradoras confesiones de los militares que por primera vez reconocen su participación en el asesinato de civiles que pasaban por guerrilleros*, en *BBC News Mundo*, 2022, disponible online en *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-61238951*.

[14] J. Ríos, V. Herrera, *Las duras verdades de militares en reconocimiento por "falsos positivos"*, en *El Tiempo*, 2022, disponible online en *https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/jep-las-duras-verdades-de-militares-en-reconocimiento-por-falsos-positivos-667991*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

> poder reportarlas como miembros de grupos guerrilleros que habrían sido dados de baja en combate, supuestamente con el objetivo de reclamar incentivos económicos y profesionales y responder a la presión de presentar resultados positivos en su lucha contra los grupos subversivos impuesta por el gobierno[15].

Estos crímenes fueron desarrollados como parte de un ataque directo contra civiles en distintas regiones de Colombia, en virtud de una política adoptada en algunas unidades militares de las fuerzas armadas y la existencia de una política estatal.

Para el derecho internacional las ejecuciones extrajudiciales constituyen conductas graves, en atención a que las personas que las practican son representantes del Estado, lo que constituye una gravísima violación a los derechos humanos en donde se infringe el principio de distinción entre personas civiles y combatientes.

En el derecho penal colombiano estas conductas criminales ocurridas durante el conflicto armado se han investigado y juzgado dentro del tipo penal Homicidio en Persona Protegida, es decir,

> integrantes de la población civil, personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate, el personal sanitario o religioso, los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga[16].

En 2008 gracias a la labor investigativa de la *Revista Semana*[17] fueron encontrados los cadáveres de 19 jóvenes que habían desaparecido en el municipio de Soacha, cerca de la capital Bogotá, y que fueron descubiertos en la parte nororiental del país, a 632 kilómetros de distancia en el municipio de Ocaña, Norte de Santander. En

[15] Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, *En búsqueda de verdad, memoria y justicia llevan 6912 casos de ejecuciones extrajudiciales ante la comisión de la verdad*, disponible online en *https://coeuropa.org.co/en-busqueda-de-verdad-memoria-y-justicia-llevan-6-912-casos-de-ejecuciones-extrajudiciales-ante-la-comision-de-la-verdad/*.

[16] Art. 135 Código Penal Colombiano.

[17] *¿Falsos positivos mortales?*, en *Semana*, 2008, disponible online en *https://www.semana.com/nacion/articulo/falsos-positivos-mortales/95607-3/*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

su momento, fueron presentados como guerrilleros dados de baja en combate. Esta indagación, que salpicaba distintas unidades y mandos militares como responsables, comenzó a extenderse por todos los departamentos. La búsqueda de la verdad dio lugar a que surgiera el espacio de madres de los "falsos positivos", quienes han generado todo un movimiento en torno a la verdad y dignidad de las víctimas. Junto con el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, las Madres de los Falsos Positivos han liderado la iniciativa "Quiénes dieron la orden", se presentaron 6.402 ejecuciones extrajudiciales en el periodo de 2000 a 2008[18].

De este plan fueron víctimas principalmente jóvenes, estudiantes, obreros, transportadores, vendedores ambulantes, educadores, religiosos, habitantes de zonas rurales y de familias de escasos recursos que pudieran responder al perfil de guerrilleros, combatientes o miembros de organizaciones armadas, que era la condición que se les quería endilgar para justificar su muerte violenta y que, bajo engaños y con promesas de trabajo, terminaron siendo asesinados y luego sus cuerpos manipulados, vestidos con prendas de combate.

Gracias al trabajo de investigación y denuncia y de años de búsqueda de la verdad, la JEP pudo establecer que:

> Con el reporte inicial de 2.248 colombianos presentados como guerrilleros dados de baja en combate – entre 1988 y 2014 – cuando no lo eran, el 12 de julio de 2018 la Jurisdicción Especial para la Paz decidió abrir el caso 03: 'Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado'. El punto de partida fue la cifra hallada en el quinto informe que entregó la fiscalía general de la Nación a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) y los 10 listados que aportó el Ministerio de Defensa en los que incluyó 1.944 miembros de la fuerza pública interesados en llevar sus procesos judiciales ante la JEP[19].

[18] D. Gómez Correal, *¿Quiénes dieron la orden?*, in *Comisión de la verdad*, 2021, disponible online en *https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/movice-reflexiones-verdad-quienes-dieron-la-orden*.

[19] JEP, Jurisdicción especial para la paz, *Caso 03: Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado*, 2021, disponible online en *https://www.jep.gov.co/macrocasos/Caso03.html#container*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

4. *Los esfuerzos por construir la paz y el papel de los líderes sociales que defienden los derechos humanos*

No obstante, grandes esfuerzos se han llevado a cabo para salir de la espiral de la violencia, el más reciente de ellos, en 2016: el Acuerdo de Paz, firmado entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la hoy extinta guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), convertido hoy en partido político.

El Acuerdo fue respaldado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 2261/2016[20], que comenzó con la dejación de armas del grupo guerrillero más antiguo del continente americano.

En el espíritu del acuerdo está poner fin a la violencia estructural que vive el país y construir una paz estable y duradera, que significa no solo la dejación de las armas, sino que incorpora un enfoque integral, situando a las víctimas en el centro y buscando disminuir la inequidad histórica, fuente de la violencia en el país.

El acuerdo firmado en La Habana en 2016 y ratificado en la ciudad de Cartagena ese mismo año constituye un gran avance en materia de derechos humanos, en tanto se ocupa de las recomendaciones y estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), retomadas de los relatores especiales de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos en el país, así como de diferentes fuentes como el seguimiento a casos, audiencias públicas, solicitudes de información a los países y medidas cautelares, entre otras.

Por su parte, las víctimas vieron en el acuerdo de paz la posibilidad de dejar atrás la violencia y superar las brechas sociales, de modo que habitantes y comunidades afectadas por el conflicto armado de zonas rurales y apartadas de los centros urbanos le apostaron sin duda a su implementación. Lo que:

> La concepción de paz que se encuentra contenida en el Acuerdo Final descansa sobre la posibilidad de superación de estas dos formas de la

[20] Naciones Unidas, *Resolución 2261 Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7609ª sesión*, 2016, disponible online en *https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56a9bb624*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> resistencia sistémica. La condición necesaria para que ello sea posible no es otra que el proceso de implementación logre desatar la potencia transformadora y reformista de lo convenido en La Habana y pueda derivar en transformaciones más profundas de la sociedad colombiana[21].

Y aunque el Acuerdo sufrió un lamentable traspié el 2 de octubre de 2016 cuando, por medio de un plebiscito para refrendar la paz, dio como resultado la no aprobación por parte de la ciudadanía, este logró sobrevivir gracias a que el gobierno del entonces presidente Juan Manuel Santos tuvo que salir a negociar con los opositores las objeciones presentadas.

Después de seis años de la firma del acuerdo de paz, la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) alertó al nuevo gobierno, diciendo que en cinco años han sido asesinados más de 562 líderes sociales y de derechos humanos en Colombia:

> crecientes niveles de violencia perpetrados por grupos armados no estatales y organizaciones criminales en las zonas rurales de Colombia, lo que está teniendo un impacto "devastador" sobre la sociedad, especialmente en áreas rurales. En un informe de este martes la Oficina apuntó particularmente a las mujeres y niños, pueblos indígenas, afrodescendientes, líderes comunitarios y defensores de los derechos humanos[22].

En un ambiente de exacerbación de la violencia, la institucionalidad de la paz para proteger la vida de los líderes sociales no avanza. Es el caso de la Comisión Nacional de Garantías de seguridad (CNGS), creada mediante el decreto de ley 154 de 2017, la cual tiene como objeto:

[21] J. Estrada Álvarez, *Elementos para un análisis político de los efectos del Acuerdo de paz y del estado general de la implementación*, en J. Estrada Álvarez (ed.), *El acuerdo de paz en Colombia, entre la perfidia y la potencia transformadora*, Clacso, Buenos Aires, 2019, p. 25, disponible online en *https://www.jstor.org/stable/j.ctvt6rknp*.

[22] L. Gamba, *La ONU alerta que en cinco años han sido asesinados más de 562 líderes sociales y de derechos humanos en Colombia*, en *Agencia Anadolu Política Mundo*, 2022, disponible online en *https://www.aa.com.tr/es/mundo/la-onu-alerta-que-en-cinco-años-han-sido-asesinados-más-de-562-líderes-sociales-y-de-derechos-humanos-en-colombia/2646492*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

> el diseño y seguimiento de la política pública y criminal en materia de desmantelamiento de las organizaciones o conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atenten contra defensores/as derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación los Acuerdos y construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo. La Comisión también armonizará dichas políticas para garantizar su ejecución[23].

No obstante, según el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la paz (INDEPAZ), el gobierno nacional restringió la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad a un foro consultivo ocasional sobre temas de seguridad: «Los reclamos desde la comunidad internacional, desde el Congreso de la República, por parte de excombatientes y desde la sociedad civil, no han sido suficientes para que el gobierno cumpla la ley»[24].

Según el analista González Posso, en 36 meses la Comisión solo se ha convocado en seis ocasiones. Igualmente se decidió, desde el Gobierno Nacional, sustituir su funcionamiento por reuniones de la secretaría técnica a cargo del Alto consejero para la Paz, la mayoría de las cuales han sido delegadas en funcionarios/as de tercera o cuarta línea sin ninguna capacidad de decisión.

Tampoco han sido efectivos los distintos decretos emitidos por parte del gobierno nacional sobre protección a líderes sociales, así como los mecanismos nacionales de protección, como la Unidad Nacional de Protección, ni el Sistema de Alertas Tempranas ni los informes de riesgo de la Defensoría del Pueblo.

Pese a los esfuerzos llevados a cabo por la sociedad civil y la comunidad internacional por implementar el acuerdo de paz, Colombia sigue afrontando una crisis humanitaria que afecta gravemente el trabajo de los líderes y las organizaciones que defienden y protegen los derechos humanos. Así lo vemos en cifras, lo que ha pasado con las víctimas electorales después del proceso de paz:

[23] Decreto ley 154 del 3 de febrero de 2017.

[24] C. González Posso, *Cinco años sin comisión nacional de garantía de seguridad: una omisión que cuesta vidas*, en *Indepaz*, 2021, disponible online en *https://indepaz.org.co/cinco-anos-sin-comision-nacional-de-garantia-de-seguridad-una-omision-que-cuesta-vidas-por-camilo-gonzalez-posso/*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> Desde el 27 de octubre de 2018, la Fundación Paz y Reconciliación registró 244 víctimas de 191 hechos de violencia electoral en diferentes regiones del país. Sin excepción, todos los meses del calendario electoral se presentaron afectaciones a la vida y la integridad de las personas que participaron desde distintas posiciones en el desarrollo de las elecciones regionales[25].

Al contrario de lo que se esperaba, grupos sucedáneos del paramilitarismo, así como estructuras armadas no estatales y de crimen organizado, se afincaron en los territorios profundizando la violencia en un contexto de disputa por el control territorial. Igualmente crecieron las denuncias de abusos cometidos por la fuerza pública en contra de las comunidades rurales y étnicas que se oponen a proyectos extractivistas que luchan por el medio ambiente, que encaran la minería invasiva, que trabajan por la restitución de tierras y en la construcción de la paz.

En este contexto, los líderes sociales se enfrentan a diferentes tipos de agresiones tales como asesinatos, amenazas, desaparición forzada, registros ilegales, robo de información, discursos de estigmatización, tratos discriminatorios por parte de autoridades de gobierno, criminalización de la protesta, restricciones financieras o administrativas, y persecución judicial.

5. *Ataques generalizados y sistemáticos en contra de los líderes sociales en Colombia*

Desde el punto de vista legal y técnico-jurídico, la sistematicidad y la violencia generalizada se configura cuando están presentes unos patrones de comportamiento que así los indican, con base en la jurisprudencia que recoge el Estatuto de la Corte Penal Internacional, según los artículos 5 y 7, aprobados por Colombia mediante la Ley 742 de 2002[26], por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de julio de 1998.

El artículo 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional establece que se

[25] A. Ávila, *op. cit.*, p. 105.
[26] Ley 742 del 7 de junio de 2002.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

> entenderá por crímenes de lesa humanidad aquellos del listado que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Además, señala que las acciones judiciales previstas para su persecución así como las sanciones correspondientes serán imprescriptibles[27].

Igualmente señala la Ley 742 que se entenderá por "crímenes de lesa humanidad" aquellos del listado «que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»[28].

En las demandas al Estado colombiano a nivel internacional, las organizaciones de derechos humanos han sostenido que en las agresiones en contra de la humanidad de los líderes sociales existe un patrón de sistematicidad y de violencia focalizada, ya que no se trata solo de casos aislados ni fortuitos, sino que, por el contrario, se configura una situación de asesinatos generalizados o sistemáticos.

Aquí es importante resaltar que el crimen de lesa humanidad es un elemento que evoluciona con las diferentes jurisprudencias de los distintos tribunales que han proferido sentencias en contextos de violencia generalizada y sistemática. En este sentido, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado que «El ataque 'generalizado' se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas; y (…) la calificación como 'sistemático' del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia»[29].

Para el caso de los ataques en contra de la vida de los líderes sociales en Colombia, es necesario conocer y comprender la labor que realizan, los derechos y causas que defienden, así como los contextos en los que actúan, ya que de ahí parten los análisis y las diferentes hipótesis sobre las causas del porqué los matan.

En este sentido, la falta del debido reconocimiento por parte de las autoridades sobre el trabajo que realizan quienes defienden los

[27] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art. 7, Crímenes de lesa Humanidad. A/CONF.183/9, 1998.

[28] L. n. 742/2002.

[29] A. Forer, C . López Díaz, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, Deutsche Gessellchaft für Technische Zusammenarbeit-GTZ, Bogotá, 2010, p. 18.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

derechos humanos y las características que se les atribuyen ponen en riesgo la integridad de las personas dejándoles en una grave situación de inseguridad. El hecho de que la labor de los defensores de derechos humanos no esté reconocida y debidamente valorada por parte de las autoridades y de la sociedad en general representa uno de los principales desafíos para su legítima labor.

Sin embargo, como lo señala Ariel Ávila, «quién está matando a los líderes sociales y por qué. Pero hay una inquietud adicional: qué pasa en las zonas o territorios donde estos líderes fueron asesinados o amedrentados»[30], es decir, matan a personas que tienen un perfil parecido y en las mismas zonas geográficas, produciendo una violencia dirigida y focalizada hacia un colectivo de personas que llevan a cabo una labor de liderazgo social.

Por su parte, el informe "Sistematicidad e impunidad en el asesinato de líderes y lideresas sociales en Colombia"[31] indica algo similar, toda vez que de los 255 casos de homicidios que fueron documentados por el informe en las regiones del Norte del Cauca, Urabá Antioqueño, Bajo Cauca Chocoano, sur de Córdoba y Bajo Cauca Antioqueño, entre el 1 de noviembre de 2016 y el 30 de junio de 2020. 2013 de ellos fueron caracterizados como líderes sociales que defienden los derechos humanos y 42 como excombatientes de las FARC.

El informe también hace un aporte en la definición de líder social, describiendo las cuatro tipologías más atacadas: líderes comunales, políticos, campesinos e indígenas. Igualmente, se pudo verificar a través del estudio que las víctimas ejercían más de un liderazgo: una víctima era líder comunal y a su vez era un líder indígena, o hacía parte de una organización campesina, lo que resulta ser relevante para entender el grado de complejidad de los análisis en el tema.

Otro dato para destacar del estudio de casos y que aporta elementos para identificar si se trata de un crimen de sistema es que las víctimas fueron atacadas con armas de fuego cortas, y que fueron sorprendidas en sus lugares de trabajo o en sus residencias, lo que llevó a concluir que en dichos ataques hubo un nivel de planificación en la

[30] A. Ávila, *op. cit.*, p. 10.

[31] Coljuristas CCJ, *Sistematicidad e impunidad en el asesinato a líderes y lideresas sociales en Colombia*, en *YouTube*, 2020, disponible online en *https://www.youtube.com/watch?v=DN-4wAL5N5o*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ejecución de los homicidios. A la luz del informe, dichos crímenes no se trataron de homicidios al azar, ni de riñas, o de personas que caen en medio de una balacera, es decir, en hechos fortuitos. Igualmente, según las investigaciones, son casos premeditados, ya que antes de los homicidios existió la amenaza de muerte en contra de la vida de estas personas.

6. *El papel de los líderes comunales*

Para entender el quehacer de los líderes comunales es importante identificar su campo de acción. Este tipo de liderazgos es ejercido por personas que actúan a través de la Juntas de Acción Comunal (JAC), que son pequeñas formas de organización social en donde personas de un barrio, un municipio o una vereda se agrupan con el fin de solucionar problemas comunitarios.

Es por medio de la organización social que los líderes comunales fomentan la construcción de comunidad, respeto, tolerancia, convivencia y solidaridad para lograr una convivencia en paz, siendo éste el principal objetivo de una comunidad, dar una condición de vida digna:

> reconocimiento de la agrupación organizada de personas en su carácter de unidad alrededor de un rasgo, interés, elemento, propósito o función común, como el recurso fundamental para el desarrollo y enriquecimiento de la vida humana y comunitaria, con prevalencia del interés común sobre el interés particular[32].

Mas allá de la forma, la acción comunal, caracteriza o define una forma de participación en los asuntos que tienen que ver con la vida en comunidad; sin embargo, el trabajo organizado de la sociedad civil, llámense juntas de acción comunal, organizaciones comunitarias u otras formas de participación social, hacen parte de las diferentes formas de participación social, comunitaria, política y ciudadana. Sin embargo,

> entre 2016 y 2019 los tipos de liderazgos más comunes golpeados por los asesinatos fueron los comunales (36%), campesinos (27%) indíge-

[32] L. n. 742/2002.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

> nas (19%) y defensores de derechos humanos (18%), sin contar las numerosas amenazas y desplazamientos forzados sufridos en el proceso[33].

Los líderes sociales que defienden los derechos humanos hacen su trabajo por convicción; muchos no reciben ingresos por su labor, pocos obtienen financiación y apoyo para sus proyectos. En medio de la violencia tienen que enfrentar, además, la escasez, la pobreza y la carencia de los bienes básicos en territorios empobrecidos y abandonados. Muchos han sido desplazados; sus padres, madres, hijos e hijas, familiares y amigos, han sido asesinados o desaparecidos. A diario enfrentan el temor y la zozobra. Son rechazados y estigmatizados en sus propias comunidades en contextos hostiles que los hace vulnerables.

7. *Líderes ambientales, los más atacados*

Asegura la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, Michelle Bachelet,

> que denunciar y defender los derechos medioambientales puede tener un coste enorme, ya que los activistas han sido asesinados o sometidos a abusos, amenazas y acoso. Que corren un riesgo especial las personas que se manifiestan contra la deforestación, las actividades extractivas, la pérdida del patrimonio cultural o la identidad, o los proyectos de desarrollo y las empresas agrícolas a gran escala, incluidos los destinados a producir energía limpia, como las mega empresas. Muchos defensores de los derechos humanos medioambientales son también pueblos indígenas o miembros de comunidades locales o grupos minoritarios, o quienes los representan[34].

El 27 de septiembre de 2018 se firmó el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. El acuerdo está abierto a los 33 paí-

[33] Informe Comisión de la verdad, *¿Qué tan peligroso es ser líder o lideresa social en Colombia?*, en *Comisión de la verdad*, 2022, disponible online en *https://www.comisiondelaverdad.co/impactos-afrontamientos-y-resistencias/una-red-que-nos-sostiene*.

[34] Naciones Unidas, *Derechos Humanos*, en *Noticias ONU*, 2022, disponible online en *https://news.un.org/es/story/2022/03/1504832*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ses de América Latina y el Caribe, pero solo fue suscripto por 24 de ellos. Este acuerdo es importante porque busca consagrar estándares internacionales en materia de protección a los líderes medio ambientales toda vez que las agresiones en contra de estas personas se producen en contextos de proyectos mineros, turísticos, hidroeléctricos y agroindustriales que afectan la vida, específicamente de comunidades indígenas y afrodescedientes, y en donde, en la mayoría de los casos, se viola la consulta previa y el consentimiento informado del que son titulares de derecho las comunidades. Buscando proteger a las comunidades indígenas se realizó el convenio 169[35], que constituye una pieza clave en la acción de la OIT a favor de la justicia social, objetivo reafirmado en 2008, donde se adaptó la justicia social en la declaración de los pueblos indígenas y tribus en países donde no existe ninguna protección para éstos grupos.

Los grupos armados que controlan amplias regiones del territorio colombiano constituyen un peligro cada vez mayor en particular para quienes asumen la vocería de los derechos ambientales y velan por la protección de los bosques del país de la destrucción causada por empresas mineras, madereras y petroleras, entre otras.

Según el informe de Global Witness, «en 2021 de los 200 homicidios de defensores ambientales que se registraron este año en el mundo, 33 se presentaron en Colombia. Aunque el país redujo casi a la mitad los casos, la situación sigue siendo crítica: en la última década murieron 322 líderes»[36].

8. *Conclusiones*

A pesar de que los Países han suscrito convenios Internacionales de Derechos Humanos, éstos permiten que cada país maneje los de-

[35] Oficina Internacional del Trabajo, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2014, p. 14.

[36] P. Casas Mogollón, *Colombia, el segundo país donde asesinaron más líderes ambientales en 2021*, en *El Espectador*, 2022, disponible online en *https://www.elespectador.com/ambiente/colombia-el-segundo-pais-donde-asesinaron-mas-lideres-ambientales-en-2021/*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

rechos a su conveniencia, frente a la vista de la comunidad internacional, sin tomar ninguna medida para evitarlos.

Ser líder social, líder ambiental o defensor de derechos humanos en Colombia es un riesgo para las personas; por su afán de servir y de cuidar el medio ambiente, este riesgo se convierte en una sentencia de muerte y eso lo dicen las cifras.

Según INDEPAZ[37], desde la firma del acuerdo de paz en noviembre de 2016 han asesinado a 611 líderes ambientales; mujeres, hombres, indigenas, que luchaban por cuidar los páramos, los ríos; es una pelea contra el tiempo, buscando frenar la crisis climática en el mundo.

La protección internacional de los Derechos Humanos no reemplaza a la protección interna que deben tener los ciudadanos de cada país, sino más bien es subsidiaria y complementaria a ésta; en el caso de Colombia no existe ninguna protección por parte del Estado para proteger a estos líderes.

La comunidad internacional debería ser más fuerte con las sanciones impuestas a un país como Colombia, con tantas muertes reflejadas anualmente; y recordarle que la protección de los derechos humanos debe ser responsabilidad del Estado y que la ausencia de éste para frenar las muertes viola el acuerdo internacional.

[37] Observatorio de DDHH, *Líderes ambientales asesinados*, en *Indepaz*, 2021, disponible online en *https://indepaz.org.co/lideres-ambientales-asesinados/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Angela Rombiolo

Finanza decentralizzata e criptoattività. Evoluzione digitale e incertezze regolamentari

Sommario: 1. Premessa. La finanza decentralizzata. – 2. La tecnologia *Blockchain*: caratteri strutturali e funzionali. - 2.1. Esigenze di regolazione della *Blockchain.* – 3. L'inquadramento giuridico delle valute virtuali. – 4. Ulteriori espressioni della finanza decentralizzata: il *tokening*. - 4.1. *Segue*. Le *Initial Coin Offerings* (*ICO*). – 5. Considerazioni conclusive. Criticità applicative delle cripto-attività e nuove prospettive regolamentari.

1. *Premessa. La finanza decentralizzata*

La trasformazione tecnologica[1] che investe il mondo dei servizi bancari, finanziari e assicurativi ricomprende il fenomeno della c.d. finanza decentralizzata (*decentralized finance - DeFi*)[2], nella quale

[1] Il termine *Fintech* nasce dalla contrazione di *Finance* (*Fin*) e *Technology* (*Tech*), e con esso si suole far riferimento all'utilizzo di strumenti digitali applicati al settore finanziario.

[2] Cfr. A. Furrer, S.D. Meyer, *Fintech regulation in Switzerland*, in M. Cian, C. Sandei (a cura di), *Diritto del Fintech*, Milano, 2020, p. 570 ss.; F. Fimmanò, G. Falcone (a cura di), *FinTech*, Napoli, 2019, p. 36 ss. Gli impatti della finanza decentralizzata si estendono a tutte le aree di business: *Lending, Payments, Insurance, Trading & Exchange, Asset Management, fundraising,* gestione del risparmio. Esempi applicativi di questo fenomeno possono essere considerati: *Libra Association*, costituita da un consorzio di aziende, promossa da *Facebook*, adibita allo sviluppo di un sistema basato su *blockchain* per la gestione di una nuova valuta "Libra"; *Nexus Mutual* costituisce un'alternativa decentralizzata alle assicurazioni tradizionali. Ciascun utente può sottoscrivere una polizza assicurativa o partecipare al fondo di copertura, ottenendo un ritorno nel caso questo non venga utilizzato; *Compound* è uno dei protocolli principali del *DeFi* e consente la creazione di mercati di liquidità basati su *token*. Gli utenti possono immettere, e contestualmente ricavare un interesse, o prendere in prestito, in questo caso pagando un interesse, i *token* direttamente dal mercato senza la presenza di alcun intermediario.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

l'azione di gran parte degli intermediari finanziari è resa meno necessaria e incisiva dall'utilizzo di tecnologie innovative quali *blockchain* e *distributed ledger technology* (DLT)[3]. L'obiettivo sarebbe, infatti, quello di consentire agli utenti di effettuare transazioni finanziarie in modo diretto, rendendo superflua la funzione degli intermediari che da sempre hanno rivestito un ruolo fondamentale[4].

Risulta evidente, pertanto, come i tratti caratteristici di questo fenomeno siano la decentralizzazione e la disintermediazione[5]. Il termine *decentralized* viene associato all'accessibilità dei servizi e può riguardare tre dimensioni: *i*) la *governance*, ossia le decisioni relative alle caratteristiche, alla fornitura e all'evoluzione del servizio; *ii*) la gestione dei dati finanziari, che sono presenti in più copie su diversi *server* accessibili a tutti e non di proprietà del *provider*; *iii*) il rischio, connesso alle diverse tipologie di servizio finanziario, assunto dall'utente stesso senza alcuna garanzia da parte del *provider*.

È possibile individuare due diverse tipologie di decentralizzazione: la "forma debole", che determina una decentralizzazione solo parziale del servizio erogato. Un esempio, in tal senso, è rappresentato da tecnologie quali le piattaforme *peer to peer*; la "forma forte" che, al contrario, prevede la totale assenza degli intermediari finanziari, quindi la completa decentralizzazione del servizio.

2. *La tecnologia Blockchain: caratteri strutturali e funzionali*

La *blockchain* (letteralmente "catena di blocchi"), mediante la quale opera la finanza decentralizzata, sfrutta le caratteristiche di una rete informatica di nodi e consente di gestire e aggiornare, in modo univoco e sicuro, un registro contenente dati e informazioni in ma-

[3] Si tratta di un tipo di tecnologia che consente l'archiviazione, l'aggiornamento e la convalida decentralizzata di dati criptati.

[4] F. Renga, *Un nuovo paradigma: la Finanza Decentralizzata*, in *Osservatori.net*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://blog.osservatori.net/it_it/finanza-decentralizzata-significato-come-funiozna*.

[5] In argomento, v. M. Gambino, C. Bomprezzi, *Blockchain e criptovalute*, in G. Finocchiaro, V. Falce (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole - Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 267 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

niera aperta, condivisa e distribuita, senza la necessità di un'entità centrale di controllo e verifica (*distributed ledger technology*)[6].

Ideata da Satoshi Nakamoto, la tecnologia *blockchain* consente lo scambio di moneta virtuale in tempo reale tra più soggetti, senza la necessità che la transazione sia validata da un'autorità centrale. Il fine ultimo è l'eliminazione dei soggetti (di natura pubblicistica o para-pubblicistica) che a livello centrale validano determinate transazioni e scambi, il c.d. *middleman*[7], e la sostituzione degli stessi con un meccanismo di consenso basato sulla crittografia, che consente a tutti i partecipanti alla rete di poter confidare sulla legittimità di una data operazione.

Si tratta, in sostanza, di un *database* di transazioni registrate da una rete di computer. Le unità fondamentali sono costituite dai c.d. blocchi, ciascuno dei quali contiene una serie di informazioni, un collegamento con il blocco precedente, e la risposta ad un complesso quesito matematico, utilizzato per confermare i dati contenuti in ciascun blocco. Per validare una transazione (aggiungendo, quindi, un blocco), o effettuare una modifica, in assenza di un'autorità centrale che ne regoli il procedimento, i nodi devono necessariamente raggiungere il consenso (c.d. *Proof of Work*)[8]. Ogni operazione di validazione all'interno della *blockchain* è effettuata attraverso un sistema di firma elettronica creato mediante una funzione di *hash*[9], utilizzata

[6] Per una ricognizione del fenomeno sul piano tecnico v. A. Caponera, C. Gola, *Aspetti economici e regolamentari delle "cripto-attività"*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, Banca d'Italia, 2019, p. 6 s.; R. Garavaglia, *Finalità, funzionamento e tipologia di utilizzi delle* Blockchain, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione,* in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale (Banca d'Italia)*, 2019, p. 163 ss.; Osservatori Digital Innovation*, Cos'è e come funziona la Blockchain*, in *Osservatori.net*, 2020.

[7] V. Gupta, *The Promise of* Blockchain *in a World Without Middlemen*, in *Harward Business Review*, 2017, disponible *online* all'indirizzo *https://hbr.org/2017/03/the-promise-of-blockchain-is-a-world-without-middlemen*.

[8] Con il termine *Proof of Work (PoW)* si intende l'algoritmo di consenso alla base della rete *blockchain*. Tale algoritmo viene utilizzato per confermare le transazioni e produrre i nuovi blocchi della catena. La *PoW* incentiva i *miners* a competere tra loro nell'elaborazione degli scambi, ricevendo in cambio una ricompensa.

[9] Nel linguaggio informatico l'*hash* è una funzione non invertibile che mappa una stringa di lunghezza arbitraria in una stringa di lunghezza predefinita. Esistono numerosi algoritmi che realizzano funzioni *hash* con particolari proprietà che dipendono dall'applicazione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

per racchiudere tutte le transazioni contenute in un blocco in una stringa di dati unica e immutabile. In ciascun computer della rete è conservata una copia di tutta la *blockchain*, e periodicamente si procede alla sincronizzazione dei computer affinché tutti dispongano del medesimo registro distribuito[10].

2.1. *Esigenze di regolazione della blockchain*

L'esigenza di costruire un sistema di regole giuridiche[11] che permetta di fronteggiare eventuali criticità derivanti dall'adozione di tecnologie fondate su registri distribuiti è tematica di spiccato interesse per legislatori e regolatori[12]. Rileva, da questo punto di vista, un particolare attivismo degli organi comunitari.

Con la risoluzione del 3 ottobre 2018[13] il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità di disciplinare le DLT rimuovendo i possibili ostacoli derivanti dall'utilizzo della *blockchain*, e ha invitato gli Stati membri e la Commissione a promuovere l'armonizzazione e la convergenza degli approcci normativi.

Una possibile regolamentazione del fenomeno, secondo la Commissione europea, dovrebbe riguardare:

[10] M. Bellezza, Blockchain *e* smart contract, *in ambito finanziario e assicurativo*, in M.T. Paracampo (a cura di), Fintech. *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico dei servizi finanziari*, vol. 2, Giappichelli, Torino, 2019, p. 312 s.

[11] Rileva, in tal senso, la legge del Vermont, entrata in vigore il 1° luglio 2016, il quale stabilisce l'idoneità dell'utilizzo della *blockchain* nei procedimenti giudiziari con riferimento: all'autenticità dei dati o delle registrazioni avvenute tramite questo tipo di tecnologia; alla data e all'ora di immissione di un determinato atto o fatto all'interno della *blockchain*. Ma l'intervento legislativo più interessante, che ha riguardato gli Stati Uniti d'America è quello del Delaware, dove il 21 luglio 2017 è entrata in vigore una legge che riconosce piena legittimità all'utilizzo di DLT o della *blockchain* per la creazione e il mantenimento dei registri sociali.

[12] Sul punto, v. S.D. Klein, F.D. De Martino, *Delaware Governor Signs Groundbreaking Blockchain Legislation Into Law*, in *JD Supra*, 2017, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.jdsupra.com/legalnews/delaware-governor-signs-groundbreaking-43815/*; G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari,* in «Banca, borsa e titoli di credito», vol. I, n. 1, 2020, p. 15.

[13] Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione* (2017/2772(RSP)), in OJ C 11, 13 gennaio 2020, pp. 7-14

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

i) la legge e le regole applicabili in caso di responsabilità per gli eventi derivanti dall'applicazione di tecnologie *blockchain*;

ii) il riconoscimento giuridico del valore dei dati custoditi sui registri distribuiti.

L'istituzione di una *taskforce* sul *Fintech* e le DLT e la creazione dell'*EU Blockchain Observatory and Forum*, rappresentano solo alcune delle iniziative che sono state adoperate al fine di consentire l'utilizzo e l'applicazione di questa tecnologia al settore finanziario.

Sul fronte italiano, rileva, sotto tale profilo, la legge 11 febbraio 2019, n. 12[14], la quale ha permesso di definire giuridicamente il significato di "tecnologie basate sui registri distribuiti", ovvero «tecnologie e protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

Nonostante l'eliminazione di un'autorità centrale di controllo sia uno degli obiettivi della tecnologia *blockchain*, un livello di regolamentazione transnazionale[15] del fenomeno pare essere essenziale. Sono tre, in ultima analisi, i modelli regolamentari che potrebbero essere adottati:

1. "pesante": che riconosca rilevanza giuridica alle DLT e alla *blockchain*, e che stabilisca precise norme in tema di sicurezza e affidabilità da applicare in maniera uniforme;

2. "leggero": che intervenga, modificando, laddove possibile, la legislazione esistente, al fine di rendere possibile l'adozione di sistemi fondati sulla tecnologia *blockchain*;

3. "ibrido": che consenta l'utilizzo di tecnologie basate sul registro distribuito in specifici ambiti accuratamente regolati[16], e che stabilisca i requisiti minimi che tali tecnologie debbano possedere per essere giuridicamente riconosciute.

[14] Legge n. 12 dell'11 febbraio 2019, recante «conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione».

[15] M. Bellezza, *Blockchain* e *smart contract*, *op. cit*., p. 315 ss.

[16] Cfr. G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e diritto - intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in «Giurisprudenza italiana», n. 7, 2019, p. 1670.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Tanto premesso, risulta opportuno chiarire il rapporto esistente tra criptovalute e *blockchain*, ovvero tra risultato raggiunto e strumento utilizzato per conseguirlo[17].

3. *L'inquadramento giuridico delle valute virtuali*

Criptovaluta significa letteralmente "valuta nascosta"[18], nel senso che è individuabile e utilizzabile solo conoscendo un determinato codice informatico (le c.d. chiavi di accesso pubblica e privata)[19]. Le valute virtuali non esistono in forma fisica, sono infatti create, custodite e scambiate in una dimensione esclusivamente digitale[20]. Differiscono dalla moneta scritturale o elettronica dal momento che non costituiscono uno strumento di pagamento alternativo, ma si pongono come moneta a sé stante, accettata in via convenzionale dagli operatori per eseguire pagamenti o per finalità speculative. Ove ci sia consenso tra i partecipanti alla relativa transazione le criptovalute possono essere scambiate in modalità *peer to peer* per acquistare beni e servizi[21].

Rispetto all'invasività del fenomeno, gli orientamenti assunti dai legislatori si riassumono in tre distinti approcci regolamentari:

[17] A. Sciarrone Alibrandi, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob*, in *Dirittobancario.it*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.dirittobancario.it/art/offerte-iniziali-e-scambi-di-cripto-attivita-nuovo-approccio-regolatorio-consob/*.

[18] Sul punto, sia consentito rinviare a A. Rombiolo, *Central Bank Digital Currency, profili definitori e applicativi*, in «Annali del Dipartimento di Scienze Politiche» dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 247 ss. Le criptovalute, in particolare, costituiscono la più travolgente espressione dell'impiego finanziario dell'intelligenza artificiale, e in generale del *Fintech,* e si posizionerebbero in perfetta antitesi al sistema finanziario, poiché ambiscono a crearne una replica in chiave di disintermediazione.

[19] G. Donadio, *Dalla "nota di banco" all'informazione via* Blockchain*: profili civilistici e* problemi *applicativi della criptovaluta*, in «Giustizia civile», n. 1, 2020, p. 175 ss.

[20] Cfr. A. Reghelin, Smart Contract *e* Blockchain*: funzionamento, esempi e normativa*, in *Osservatori.net*, 2019, reperibile *online* all'indirizzo *https://blog.osservatori.net/it_it/smart-contract-in-blockchain*.

[21] Cfr. L.M. Quattrocchio, Fintech*, il quadro normativo di riferimento*, in «Diritto ed economia dell'impresa», n. 1, 2020, p. 152 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

a) "isolare", ossia ignorare le realtà criptovalutarie, escludendole dal sistema bancario e finanziario;

b) "regolare", cioè disciplinarle in via specifica;

c) "integrare", dunque adattare la normativa vigente in via inclusiva[22].

La sola prospettazione alternativa testimonia la difficoltà che pervade il legislatore dinanzi a fenomeni di cui non è intuitivo afferrare la specifica funzionalità e il potenziale evolutivo[23].

La qualificazione giuridica delle valute virtuali risulta, infatti, essere questione molto articolata e non definitivamente risolta attraverso una soluzione normativa univoca[24].

Nel 2015 la Banca Centrale Europea ha definito le valute virtuali come «rappresentazioni digitali di valore, utilizzate come mezzo di scambio o detenute a scopo di investimento, che possono essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente», utilizzando il termine "valuta" semplicemente per identificare il fenomeno comunemente noto sotto tale denominazione, senza esprimere alcun giudizio sulla natura di tali strumenti[25].

I legislatori italiano ed europeo hanno ritenuto opportuno inquadrare gli aspetti rilevanti di tale fenomeno in base al settore da regolare. In proposito, è essenziale il richiamo alla definizione generica e onnicomprensiva di criptovaluta fornita dalla disciplina in materia di antiriciclaggio, al fine di contrastare principalmente l'anonimato delle transazioni[26].

[22] G. Ghidini, E. Girino, *Criptovalute, criptoattività, regole e concorrenza: la ricerca imperfetta di un equilibrio perfetto*, in V. Falce (a cura di), Financial Innovation *tra disintermediazione e mercato*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 63 s.

[23] Secondo l'efficace sintesi di A. Caponera, C. Gola, *Aspetti economici e regolamentari delle "cripto-attività"*, *op. cit*., p. 5 ss.

[24] Cfr. N. De Giorgi, *Criptovalute: l'approccio dei* policy makers, in F. Maimeri, F. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale,* in *Quaderni di ricerca giuridica (Banca d'Italia)*, n. 87, 2019, p. 207 ss.

[25] Cfr. Banca Centrale Europea, *Virtual Currency Schemes. A further analysis*, 2015, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf*; Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, 2015, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/index.html?dotcache=refresh*.

[26] G. Morini, *Criptovaluta, digitalizzazione di valore e finanza decentralizzata. Tra regolamentazione ed elusione*, in *IlCaso.it*, 2023, p. 139 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In Italia, in particolare, un riferimento regolamentare alle criptovalute si rinviene nel d.lgs. n. 90/2017[27], introdotto in attuazione della IV direttiva antiriciclaggio dell'Unione Europea (direttiva UE 2015/859), che interviene sul d.lgs. n. 231/2007 (adottato in attuazione della precedente direttiva 2005/60/CE), inserendo le seguenti definizioni:

a) "valuta virtuale", ossia «la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»;

b) "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale", come «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale».

Proseguendo in tal senso l'analisi, risulta necessario chiarire come la definizione di criptovaluta introdotta dal d.lgs. n. 90/2017 non pare creare una perfetta equiparazione tra valuta tradizionale e valuta virtuale, e si potrebbe addirittura affermare che manca il presupposto che rende utilizzabile la criptovaluta come mezzo di scambio, ovvero quel rapporto di fiducia fra chi la trasferisce e chi l'accetta, indispensabile ad attribuirle un'efficacia solutoria. Tuttavia, secondo le stesse autorità monetarie, si tratterebbe di un requisito implicito che ren-

[27] Il d.lgs. n. 90/2017 attua una modifica del d.lgs. n. 141/2010. Al comma 8-*bis* dell'articolo 17-*bis* (attività di cambiavalute), si dispone che le previsioni ed i requisiti per l'esercizio dell'attività di cambiavalute si applicano anche ai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettera *ff*), del d.lgs. n. 231/2007 «i quali sono altresì tenuti all'iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori che raccoglie tutti i soggetti autorizzati ad esercitare l'attività di cambiavalute». La normativa precisa, inoltre, che la comunicazione ai fini dell'inserimento nel registro, una volta operativa, rappresenterà la condizione essenziale per l'esercizio legale dell'attività da parte dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, stabilendo altresì forme di cooperazione fra il MEF e le forze di polizia per interdire l'erogazione dei servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale da parte dei prestatori che non ottemperino all'obbligo di comunicazione. Il d.lgs. n. 90/2017 interviene infine sul d.l. n. 167/90, imponendo agli intermediari finanziari e agli operatori non finanziari di trasmettere all'Autorità i dati anche con riguardo alle operazioni transfrontaliere oltre i 15.000 € avvenute in valuta virtuale.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

derebbe legittimo l'uso volontario di tale mezzo alternativo di pagamento. Sostanzialmente, la norma sembrerebbe affermare la natura "alegale" della criptovaluta[28]. Lo Stato non la vieta né la protegge, semplicemente la tollera in alcuni casi.

Le autorità europee hanno analizzato il fenomeno delle criptovalute al fine di adottare raccomandazioni nei confronti delle competenti autorità di vigilanza nazionali all'interno del mercato unico, valutando la necessità di predisporre puntuali norme per regolamentare il fenomeno a livello europeo[29].

Il concetto di criptovaluta è stato successivamente ribadito dalla quinta direttiva antiriciclaggio dell'Unione Europea (AMLD5), ufficialmente recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 125/2019[30]. La AMLD5 ha esteso il suo perimetro applicativo includendo i prestatori di servizi basati su criptovalute quali *exchange* di monete digitali e fiat o fornitori di *wallet custodial*[31], identificando, in maniera più chiara, i soggetti che prendono parte alle transazioni di criptovalute.

Gli obiettivi della direttiva sono essenzialmente quattro: affrontare e valutare i rischi connessi al riciclaggio di denaro, al finanziamento del terrorismo e all'utilizzo in anonimato delle valute virtuali, garantendo un maggiore livello di trasparenza[32]; migliorare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli organismi di vigilanza e la BCE; garantire a tutti gli organismi europei di regolamentazione finanziaria maggiore accesso alle informazioni tramite i registri contabili delle banche centrali; estendere i criteri di valutazione di Paesi terzi ad alto rischio e assicurare un adeguato livello di garanzia per i trasferimenti di denaro da e verso tali Paesi.

[28] E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in «Rivista di diritto bancario», vol. 1, n. 4, 2018, p. 750 s.

[29] Cfr. P. Iemma, N. Cuppini, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenza*, in *Dirittobancario.it*, 2018, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.dirittobancario.it/art/la-qualificazione-giuridica-delle-criptovalute-affermazioni-sicure-e-caute-diffidenze/*, p. 5 ss.

[30] Cfr. V. Pacillo, *Le valute virtuali alla luce della V Direttiva Antiriciclaggio*, in «Rivista trimestrale di diritto tributario», n. 4, 2018, p. 631 ss.

[31] Il *wallet custodial* è una tipologia di *wallet crypto* in cui l'utente affida la custodia dei propri fondi a soggetti terzi.

[32] G. Morini, *Criptovaluta: digitalizzazione di valore e finanza decentralizzata*, *op. cit*., p. 134 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

4. *Ulteriori espressioni della finanza decentralizzata: il* tokening

A rendere più complesso il quadro regolamentare si aggiunge il fenomeno del *tokening*. Il *token* è una rappresentazione di valore digitale che non coincide necessariamente con una valuta virtuale. Rappresenta il mezzo di scambio di un complesso sistema informatico[33] che consente ai titolari di accedere a servizi o applicazioni e di partecipare allo sviluppo di una piattaforma che garantisce l'esercizio di specifici diritti[34]. Un *token* incorpora, quindi, un insieme di informazioni digitali all'interno di una *blockchain* che conferiscono determinati diritti a un dato soggetto.

Al di là delle possibili applicazioni, è fondamentale distinguere tra: *i*) *native token*, i quali sono parte del protocollo della rete *blockchain* cui ineriscono, per questo definiti nativi; *ii*) *on chain token*[35], regolati da *smart contracts*[36].

Quale prodotto dello *smart contract*, il *token* costituisce un'innovazione sotto diversi profili[37], in quanto ad esso possono essere assegnate una pluralità di funzioni grazie ai protocolli informatici[38].

È possibile, sulla base di quanto appena affermato e sotto un profilo più specificamente applicativo, distinguere diverse tipologie di *token*.

[33] I *token* sono, inoltre, utilizzati come strumenti innovativi di *crowdfunding*. Sono utili al finanziamento di *start-up*. Il *crowdfunding* basato su *blockchain*, a differenza del *crowdfunding* inteso nella sua accezione pura, dove il processo di abbinamento tra promotori e potenziali investitori, è normalmente stabilito dalle piattaforme stesse, è caratterizzato da forme di interazione *peer to peer*, del tutto disintermediate.

[34] G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità*, *op. cit*., p. 18 ss.

[35] Il *network* sicuramente più rilevante in materia di *on chain tokens* è la *blockchain Ethereum*, all'interno della quale, per la creazione di *token* tramite *smart contract*, viene utilizzato uno standard definito "ERC-20".

[36] C. Pernice, Smart contract *e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale*, in «Diritto del mercato assicurativo e finanziario», n. 1, 2019, p. 118 ss.

[37] G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e* atipicità, *op. cit*., p. 20 ss.

[38] Cfr. G. Fenu, L. Marchesi, M. Marchesi, R. Tonelli, *The ICO Phenomenon and Its Relationships with Ethereum Smart Contracts Environment*, "International Workshop on Blockchain Oriented Software Engineering (IWBOSE)", Campobasso, 2018, p. 30 ss.; L. Oliveira, L. Zavolokina, I. Bauer, G. Schwabe, *To* Token *or not to* Token*: Tools for Understanding* Blockchain Tokens, in *Zurich Open Repository and Archive,* Zurigo, 2018, p. 5.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

I *token* di *governance* rappresentano una categoria speciale nell'ambito della finanza decentralizzata e sono progettati per conferire ai loro titolari determinati poteri decisionali in merito a un protocollo o un'applicazione[39].

I *token DeFi* (*decentralized finance token*) identificano una tipologia di protocolli basati su criptovalute che intendono riprodurre le funzioni del sistema finanziario tradizionale; questi protocolli emettono *token* che svolgono diverse funzioni, e possono essere negoziati o detenuti come qualsiasi altra criptovaluta.

I *security token* rappresentano l'equivalente dei titoli finanziari tradizionali (azioni e obbligazioni) nel mondo delle criptovalute. Vengono utilizzati principalmente per la vendita di quote societarie o per altri progetti, ad esempio di natura immobiliare, senza necessità di un intermediario[40].

I *token* non fungibili (NFT) rappresentano i diritti di proprietà su un *asset* digitale o reale attribuiti in modo univoco al titolare.

4.1. Segue. *Le Initial Coin Offerings (ICO)*

La comprensione del fenomeno cui si associa il termine *tokening* presuppone la conoscenza della nozione di *Initial Coin Offering* (ICO)[41]. Le ICO nascono come metodo di finanziamento alternativo per specifici progetti imprenditoriali.

Si tratta di una tecnica che si rivolge «ad un pubblico di investitori dal numero potenzialmente indeterminato»[42], e può essere carat-

[39] Il celebre protocollo "Compound", molto utilizzato per i prestiti, ad esempio emette un *token* denominato COMP, a disposizione di tutti gli utenti. Il COMP conferisce diritti di voto per l'aggiornamento di *Compound* in proporzione al numero di *token* detenuti.

[40] Secondo recenti studi, importanti società e *startup* prendono in esame i *security token* come alternativa potenziale ad altri metodi di finanziamento.

[41] Cfr. Parlamento europeo, *Understanding initial coin offerings*, in *europarl.europa.eu*, 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696167/EPRS_BRI(2021)696167_EN.pdf*, p. 4 ss.

[42] Cfr. Consob, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, in *Consob.it*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consob.it/documents/1912911/1938506/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/e83b06b8-6e7a-2dd7-9fe5-f742e9f2621e*, p. 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

terizzata da una serie di attività promozionali relative all'operazione che si desidera finanziare[43].

Il vantaggio derivante dall'utilizzo di tale meccanismo di finanziamento è chiaramente quello di *bypassare* i rigorosi e regolamentati processi di raccolta fondi richiesti dai *venture capitalists* o dalle banche[44].

L'ICO presenta elementi di analogia con l'*Initial Publig Offering* o IPO (Offerta pubblica iniziale), cioè lo strumento attraverso il quale una società ottiene la diffusione dei titoli tra il pubblico (la c.d. creazione del flottante), che è requisito necessario per ottenere la quotazione dei propri titoli su un mercato regolamentato. Nonostante l'obiettivo in entrambe le procedure sia quello di raccogliere capitali per la realizzazione di un progetto, una ICO differisce da una IPO sotto due importanti aspetti: l'oggetto principale dell'offerta, che nel caso di specie è un *coin* o *token*, e il luogo in cui questa offerta si svolge, che non è un mercato regolamentato, ma una piattaforma *blockchain*.

Le ICO presentano delle specificità rispetto alle IPO: l'utilizzo della tecnologia *blockchain* permette di disintermediare le infrastrutture tipiche dei mercati dei capitali; il pagamento dei *token* attraverso valute virtuali snatura lo strumento generalmente utilizzato per il regolamento dei flussi finanziari, cioè la moneta; infine, l'utilizzo di un *world wide web* che consente di superare l'elemento della territorialità[45] per la raccolta dei fondi necessari; infine l'utilizzo del c.d. *white paper*, il quale contiene le informazioni e le caratteristiche dell'operazione che si intende realizzare. Nel caso in cui un'azienda decida di voler raccogliere in questo modo del denaro, crea un prospetto contenente l'oggetto specifico e le caratteristiche del piano, le indicazioni relative alla quantità di denaro necessaria e la durata stimata per la realizzazione del progetto.

Se il denaro ricevuto durante l'ICO non dovesse raggiungere il valore minimo dei fondi richiesti dall'azienda, quest'ultimo verrebbe restituito agli investitori e l'offerta iniziale di moneta viene contrasse-

[43] G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e* atipicità, *op. cit*., p. 22 ss.

[44] Cfr. G. Sandrelli, *Il contenzioso su criptovalute e* initial coin offerings *al vaglio della giurisprudenza inglese*, in «Rivista delle società», n. 5, 2021, p. 1146 ss.

[45] G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità*, *op. cit*., p. 32 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

gnata come fallimentare[46]. Se i fondi richiesti vengono invece raccolti con successo nell'arco di tempo specificato, il denaro viene utilizzato per cominciare ad operare e realizzare il progetto specifico.

Le tipologie di *token* oggetto dell'offerta nelle ICO possono essere riassunte in due principali categorie: *utility token* e *asset token*. I primi sono assimilabili a *voucher elettronici* che offrono l'accesso a specifici prodotti e servizi offerti dall'emittente[47]; i secondi sono *token* il cui valore è collegato a un bene esterno negoziabile. Tale tipologia diventa quindi assimilabile ai titoli finanziari ed è soggetta al rispetto di specifiche norme che li regolano.

La realizzazione di una ICO[48] prevede, semplificando, quattro fasi principali:

1. stesura di un *whitepaper* che descriva il progetto e il suo stato di avanzamento, quanti *token* resteranno di proprietà dei fondatori, con quali tipi di criptovalute si potranno acquistare i *token* e quanto durerà il progetto;
2. attività di comunicazione che spesso si svolge creando pagine di discussione *ad hoc* per promuovere l'ICO e attrarre potenziali investitori;
3. acquisto dei *token* da parte degli investitori;
4. terminata la vendita iniziale, i *token* vengono inseriti nei listini degli *exchange* e possono essere scambiati tra gli utenti.

5. *Considerazioni conclusive. Criticità applicative delle cripto-attività e nuove prospettive regolamentari*

I rischi connessi all'impiego di valute virtuali sono purtroppo questione concreta che rende necessaria l'individuazione di una specifica regolamentazione. L'attenzione si è inizialmente concentrata

[46] G. Morini, *Criptovaluta, digitalizzazione di valore e finanza decentralizzata*, *op. cit*., p. 43 s.

[47] G. Morini, *Criptovaluta: digitalizzazione di valore e finanza decentralizzata*, *op. cit*., p. 48 ss.

[48] Osservatori Digital Innovation, *Cosa sono le ICO* (Initial Coin Offering) *e come funzionano realmente*, in *Osservatori.net*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://blog.osservatori.net/it_it/ico-initial-coin-offering-come-funziona#:~:text=Una%20ICO%20(acronimo%20di%20Initial,di%20diritto%20sull'iniziativa%20stessa*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sui rischi di frode e sull'impiego distorto di tale strumento, soprattutto a scopo d'aggiramento della disciplina antiriciclaggio; sulla esasperata volatilità della criptovaluta e quindi sul suo rischio intrinseco di perdita in termini di valore reale, dovuto all'inesistenza di sistemi di garanzia analoghi a quelli previsti per i depositi bancari; infine sull'elevato tasso di aggredibilità informatica[49], dovuto alla carenza di rimedi in caso di *cyber*-attacchi.

Parte della più attenta e recente dottrina ha cominciato ad approfondire il tema ponendosi alcune domande, in particolare se sia lecito coniare, offrire o scambiare una moneta virtuale, tentando di valutare concrete soluzioni[50]. Si tratta di interrogativi che generano una pluralità di problematiche da risolvere in quanto, in chiave prospettica e di maggiore diffusione delle criptovalute, va necessariamente considerato il rischio di incidere negativamente sulla stabilità del sistema bancario[51].

Al fine di superare le criticità legate all'utilizzo delle criptovalute[52] attraverso sistemi di disintermediazione e decentralizzazione (c.d. *Defi*, la quale ha inevitabilmente indotto una profonda rivoluzione del sistema finanziario), e preservare, al contempo, un adeguato livello di trasparenza, stabilità e integrità del mercato, il Parlamento europeo ha approvato il regolamento MiCA (*Markets in Crypto-Assets*)[53],

[49] Una sintesi del funzionamento della DLT si legge in F. Cascinelli, C. Bernasconi, M. Monaco, *Distributed Ledger Technology e Smart Contract: finalmente è Legge. Prime riflessioni su una rivoluzione tecnologico-giuridica*, in *Dirittobancario.it*, 2019, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.dirittobancario.it/art/distributed-ledger-technology-e-smart-contract-finalmente-e-legge-prime-riflessioni-su-una-rivoluzione/*, p. 1 ss.

[50] Al riguardo si sono espresse molte Autorità di vigilanza. Per citarne alcune, EBA, *Warning to consumers on virtual currencies*, 12 dicembre 2013 e EBA, *Opinion on 'virtual currencies'*, 4 luglio 2014; European Parliament Research Service, *Bitcoin - Market, economics and regulation,* 11 aprile 2014; Banca d'italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, 30 gennaio 2015 e *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 1°aprile 2018, p. 9 ss.

[51] Cfr. Banca D'Italia, *Sorveglianza sui mercati e sul sistema dei pagamenti*, in *bancaditalia.it*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it/compiti/sispaga-mercati/index.html*.

[52] G. Ghidini, E. Girino, *Criptovalute, criptoattività, regole e concorrenza*, *op. cit*., p. 76 ss.

[53] Regolamento (UE) 2023/1114 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

finalizzato a regolamentare il settore delle cripto-attività[54]. L'introduzione di un quadro giuridico completo mira ad armonizzare i requisiti normativi che disciplinano i servizi legati alle criptovalute in Europa[55], consentendo la tracciabilità dei trasferimenti crittografici al pari di qualsiasi altra operazione finanziaria, e garantendo l'identificazione delle transazioni sospette al fine di bloccarle[56].

Il Regolamento MiCA fissa obblighi in materia di trasparenza e di informativa in relazione all'emissione, al funzionamento, all'organizzazione e alla *governance*, rivolti ad emittenti e prestatori di servizi per le cripto-attività attraverso una serie di disposizioni; mira a proteggere gli investitori e a preservare la stabilità finanziaria, promuovendo lo sviluppo dell'innovazione tecnologica e del settore delle cripto-attività[57].

(UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937, in *OJ L 150*, 9.6.2023, p. 40-205. Il Consiglio ha adottato il suo mandato negoziale sul regolamento MiCA il 24 novembre 2021. I triloghi tra i colegislatori sono iniziati il 31 marzo 2022 e si sono conclusi con un accordo provvisorio raggiunto il 30 giugno 2022. L'adozione formale del 16 maggio 2023 rappresenta la fase finale del processo legislativo.

[54] Per "cripto-attività" s'intende la rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia basata sul registro distribuito o una tecnologia analoga.

[55] La proposta di regolamento MiCA, presentata dalla Commissione europea il 24 settembre 2020, fa parte di un più ampio pacchetto sulla finanza digitale inteso a sviluppare un approccio europeo che promuova lo sviluppo tecnologico e garantisca la stabilità finanziaria e la protezione dei consumatori. Oltre alla proposta di regolamento MiCA, il pacchetto include una strategia in materia di finanza digitale, un atto sulla resilienza operativa digitale (DORA), che comprende i fornitori di servizi per le cripto-attività, e una proposta sul regime pilota relativo alla tecnologia di registro distribuito (DLT) finalizzata ad accrescere la competitività e il potenziale di innovazione dell'UE nel settore della finanza digitale, garantendo nel contempo la protezione dei consumatori e la stabilità finanziaria.

[56] Consiglio Europeo, *Finanza digitale: il Consiglio adotta nuove norme sui mercati delle cripto-attività (MiCA)*, Comunicato stampa, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/05/16/digital-finance-council-adopts-new-rules-on-markets-in-crypto-assets-mica/*.

[57] Sul punto, v. Parlamento europeo, *Provisional agreement resulting from interinstitutional negotiations*, in *europarl.europa.eu*, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/econ/inag/2022/10-05/ECON_AG(2022)737216_EN.pdf*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Le nuove norme si applicano ai fornitori di servizi quali le piattaforme di negoziazione e i portafogli in cui sono detenute le cripto-attività, individuabili in:

a) *token* collegati ad attività (*asset referenced token*): mantengono un valore stabile ancorandosi a diverse monete fiduciarie aventi corso legale, riconosciute per legge come mezzo di pagamento ufficiale, a una o più merci, a una o più cripto-attività, o ad una combinazione di tali attività;

b) *token* di moneta elettronica (*electronic money token*, meglio conosciuti come *e-money token*): cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzate come mezzo di pagamento e che mantengono un valore stabile ancorandosi al valore di una sola moneta fiduciaria avente corso legale[58];

c) *utility token*: destinati a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, offerto dall'emittente di tale *token*.

Condizione necessaria per l'emissione di *crypto-asset* è la redazione di un *white paper*[59] contenente tutti i requisiti del *token* (si tratta di un documento equivalente al prospetto per l'emissione di titoli negoziabili, ma di più semplice struttura) al fine di garantire un elevato livello di trasparenza verso i consumatori[60].

[58] Consiglio Europeo, *Norme UE sui mercati delle cripto-attività (MiCA)*, in *consilium.europa.eu*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/05/16/digital-finance-council-adopts-new-rules-on-markets-in-crypto-assets-mica/*.

[59] D. Tumietto, *Cripto-attività, ecco il regolamento MiCA: le nuove regole da conoscere*, in *agendadigitale.eu*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.agendadigitale.eu/documenti/cripto-attivita-ecco-il-regolamento-mica-le-nuove-regole-da-conoscere/*.

[60] Il settore finanziario è sempre più dipendente dai processi digitali e dai *software*. Sono molti i rischi associati a malfunzionamenti e minacce ai sistemi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). L'atto sulla resilienza operativa digitale (DORA) permetterà al settore finanziario europeo di fronteggiare eventuali e gravi perturbazioni operative. DORA (i negoziatori del Consiglio e del Parlamento hanno raggiunto un accordo provvisorio nel maggio 2022, e il Consiglio ha adottato formalmente le norme nel novembre 2022) stabilisce requisiti uniformi per la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi delle imprese e delle organizzazioni che operano nel settore finanziario nonché di terze parti critiche che forniscono loro servizi relativi alle TIC, come piattaforme cloud o servizi di analisi dei dati. Tutte le imprese devono garantire di poter resistere e reagire alle perturbazioni e minacce connesse alle TIC, nonché di potersi riprendere da tali perturbazioni e minacce.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il *white paper* dovrà comprendere: una descrizione dettagliata del soggetto emittente e dell'iniziativa imprenditoriale; le caratteristiche della cripto-attività che verrà offerta al pubblico; i diritti e gli obblighi associati a quest'ultima; gli standard tecnico-informatici cui si obbliga il soggetto emittente per il possesso, la conservazione e lo scambio di *crypto-asset*[61].

L'offerta di tali servizi è subordinata al possesso di un'autorizzazione rilasciata dalle autorità di controllo dello Stato membro, ovvero dalle autorità di controllo europee ESMA o EBA, valida in tutta l'Unione Europea, solo per i servizi specificamente autorizzati[62]. Le autorità competenti possono, in qualsiasi momento, revocare l'autorizzazione concessa ai soggetti interessati sulla base dei presupposti stabiliti dalle norme, sospendere o vietare un'offerta pubblica di cripto-attività o l'ammissione di tali servizi allo scambio su una piattaforma di negoziazione, qualora non vengano rispettati i requisiti richiesti dal regolamento[63].

La normativa MiCA si pone come primo esempio di armonizzazione europea del mercato *crypto* cui seguiranno ulteriori sviluppi che permetteranno di valutare la corretta applicazione, in termini pratici, delle norme in essa contenute. Pare indubbio che il MiCA si muova nell'intento di ovviare a frammentati regimi legislativi nazionali attraverso una struttura normativa euro-unitaria, permettendo lo sviluppo di politiche cripto-neutrali idonee a mettere opportunamente al centro il valore delle tecnologie sottese e, in generale, dei processi di digi-

[61] S. Buscema, M.C. Daga, *Regolamento MiCA approvato, obiettivo: armonizzare le norme europee sulle cripto-attività*, in *cybersecurity360.it*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.cybersecurity360.it/legal/regolamento-mica-approvato-obiettivo-armonizzare-le-norme-europee-sulle-cripto-attivita/*.

[62] Consiglio Europeo, *Finanza digitale: raggiunto l'accordo sul regolamento europeo sulle criptoattività*, in *consilium.europa.eu*, Comunicato stampa, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/*.

[63] Parlamento europeo, *Cripto-attività: nuove norme sulla tracciabilità dei trasferimenti*, in *europarl.europa.eu*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/news/it/agenda/briefing/2023-04-17/7/cripto-attivita-voto-finale-su-nuove-regole-per-tracciabilita-dei-trasferimenti#:~:text=La%20legislazione%2C%20concordata%20provvisoriamente%20dai,avviene%20per%20qualsiasi%20altra%20operazione*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

talizzazione, nella consapevolezza della centralità economico-finanziaria di siffatte tematiche. Volendo prescindere da giudizi di valore in merito al regolamento, pare evidente che la chiarezza e la certezza del diritto rappresentino la base per poter costruire un impianto normativo che regoli l'attività di emittenti e fornitori di *crypto-asset.*

ISBN 978-88-495-5539-4
© Edizioni Scientifiche Italiane

Gioia Scala

Il racconto marocchino in lingua spagnola: dalla tradizione orale al genere letterario

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La produzione letteraria marocchina in lingua spagnola. La scelta linguistica. – 3. Il racconto marocchino. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La produzione letteraria marocchina è testimonianza, con la sua pluralità linguistica[1], dell'incontro che avviene tra più popoli in un territorio che si fa crocevia tra diverse culture. Culture che, convivendo all'interno di uno stesso spazio, si contaminano e trovano espressione attraverso la creazione artistica. Il Marocco, infatti, ha sempre assunto un ruolo rilevante nel Mediterraneo per la sua conformazione geografica; basti pensare alla lunga e intensa collaborazione di scambi commerciali, tra i regni marocchini e i regni cristiani, a partire dalla caduta dell'Impero Romano d'occidente e durati fino al X secolo. Di rilevante interesse, per questo studio, risultano i rapporti con la Spagna e l'evoluzione dell'uso della lingua spagnola in diversi settori del contesto marocchino, in particolare, nella narrativa che trova la sua massima espressione, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, nel genere del racconto.

Spagna e Marocco hanno, da lungo tempo, una storia condivisa che ha permesso, ai due regni, di instaurare una relazione sociale, eco-

[1] La letteratura marocchina, e più in generale del Magreb, non si limita all'uso della propria lingua madre ma include una cospicua produzione in francese e in spagnolo a causa di numerosi fattori storici, sociali e culturali. Basti pensare a scrittori marocchini di fama internazionale come Tahar Ben Jalloun e Mohamed Chakor, i quali scelgono di scrivere le proprie opere, rispettivamente, in francese e in spagnolo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

nomica, culturale e linguistica spesso complessa e controversa. È possibile individuare alcune tappe significative della storia marocchina per delineare il corso di tale rapporto e, di conseguenza, gli sviluppi nell'uso del *castellano* in diversi momenti storici.

Il primo, e più durevole, utilizzo della lingua spagnola in tutto il territorio del Magreb è quello di *lengua costera*, vale a dire di lingua impiegata nelle attività che si svolgono, appunto, "sulla costa" – come pesca, scambi commerciali etc. – che risale agli inizi dell'Alto Medioevo e si prolunga, si potrebbe dire, fino ai giorni nostri. Il successivo periodo rilevante, per l'incontro tra le due culture, risale agli inizi del XII secolo, quando la dinastia dei Merìnidi[2] fonderà uno degli imperi più stabili e duraturi nella storia di questo Paese. Di interesse, nel nostro caso, la presenza considerevole di mercenari castigliani all'interno delle truppe imperiali che si stabilirono nella capitale, Fez, avendo una certa influenza all'interno della regione. Altro momento fondamentale consiste nella *toma de Tetuán*, nel 1484, da parte di Ali al-Mandari (noto come Sidi Mandri) originario di Al-Ándalus, fedelissimo comandante delle milizie di Boadbil e difensore del castello di Piñar durante la guerra di Granada, che, una volta conquistata Tetuán, metterà in atto un'opera di rifondazione della città precedentemente razziata dai portoghesi. Il governo di Sidi Mandri durò fino al 1540, anno della sua morte, e fu caratterizzato da una significativa componente multiculturale – la popolazione era composta per la maggior parte da *judios*, *moros* e *moriscos* provenienti da *Al-Ándalus* che ricostruirono e popolarono la medina della città. Se fino a quel momento l'uso dello spagnolo non era mai stato ufficializzato, con la fondazione della Repubblica di Rabat-Salé[3] (1627), il castigliano diventa lingua della cancelleria marocchina nelle relazioni diplomatiche – e lo sarà fino alla fine del XIX secolo. Ulteriore, fondamentale, svol-

[2] La dinastia dei Merìnidi comparve in Marocco a partire dal 1195, ereditando dalla dinastia Almohade il titolo di *amīr al-mu'minīn,* "principe dei credenti". Noti per l'intensa attività artistica e culturale, arricchirono il regno di moschee e madrase e costruirono nuovi centri, tra cui la città di Fez.

[3] La Repubblica indipendente di Rabat-Salé, anche nota come *República de las Dos Orillas*, fu istituita nel 1627 dai *moriscos* fuggiti alla *Reconquista* che si stabilirono nelle vicinanze della città di Rabat, creando un importante centro commerciale e culturale. L'esperienza durò fino al 1666 quando fu assorbita dal sultanato del Marocco.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ta si verifica nel 1912 con l'istituzione del Protettorato[4]; lo spagnolo diventa vera e propria *lengua de la intervención colonial* – e verrà adottato all'interno delle scuole e delle università. Sebbene mal visto dalla popolazione, poiché imposto dall'invasore, tale provvedimento è, a nostro avviso, determinante per l'ampliazione della comunità ispanofona in Marocco. L'introduzione di un apprendimento guidato e formalizzato che, fino a quel momento, era mancato sarà infatti fondamentale per lo sviluppo della scrittura marocchina che utilizzerà la lingua spagnola, non più solo come "lingua della traduzione" ma anche come "lingua della creazione". Ulteriori, fondamentali fattori di diffusione sono la creazione di associazioni – come la AEMLE (Asociación de escritores marroquíes en lengua española, fondata nel 1997), l'influenza delle emittenti televisive e radiofoniche marocchine – ne è un esempio il programma *Akouas* e, senza dubbio, le numerose iniziative dell'Instituto Cervantes che hanno contribuito ad ampliare l'impiego della lingua spagnola nei contesti culturali, anche di massa, e a fornire maggiori mezzi di pubblicazione agli scrittori[5].

In tempi più recenti, successivi all'ottenimento dell'indipendenza del Marocco (1956), risultano interessanti alcuni eventi che hanno provocato una consistente ondata migratoria verso la Spagna. Momenti chiave sono, senz'altro, lo scoppio della guerra del Kippur nel 1973 e le conseguenti *revueltas del pan*[6] in territorio marocchino; sul

[4] Come è noto il Protettorato Spagnolo del Marocco fu creato per effetto del Trattato di Fès, nel 1912, in seguito al quale il Paese venne diviso in quattro zone amministrative: due di dominazione spagnola (Ceuta e Melilla – tutt'ora enclavi spagnole), Tangeri come zona internazionale ed il Marocco francese. Tale suddivisione durò fino al 1956, anno dell'ottenimento dell'indipendenza del regno del Marocco dagli Stati europei.

[5] È importante evidenziare che, fino a questo momento, le opere degli scrittori marocchini ispanofoni trovano collocazione editoriale solo in alcune riviste locali (come *Ketama*). Ne consegue un crescente interesse non solo da parte degli autori ma anche delle istituzioni spagnole che, in tempi più recenti, hanno iniziato ad attribuire alla letteratura marocchina in lingua spagnola maggiore riconoscimento – basti pensare al *Primer coloquio internacional sobre la escritura marroquí en lengua española* organizzato nel 1994 a Fès, seguito, sei anni più tardi, dal secondo incontro sullo stesso tema.

[6] Movimenti di insurrezione degli anni Settanta volti a contrastare l'aumento dei prezzi dei beni di prima necessità. Uno dei fattori determinanti di tale sovraccarico fu, senz'altro, una forte crescita demografica che risultò ingestibile da parte del Marocco e che finì per favorire il fenomeno migratorio.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

fronte spagnolo, invece, *la primera ley de extranjería*[7] (1985), l'introduzione del ricongiungimento familiare (1991) e le "regolarizzazioni"[8] dei primi anni duemila. Avvenimenti e provvedimenti, questi, che hanno contribuito allo sviluppo della letteratura marocchina, e più in generale magrebina. Le tematiche centrali riguardano l'incontro tra la cultura araba e la cultura ispano-cristiana, l'esperienza migratoria e il successivo rientro in patria, il problema dell'integrazione sociolinguistica in un contesto culturalmente differente e il conflitto identitario che ne consegue. Una letteratura, dunque, *mestizada*[9], a cavallo tra Spagna e Marocco, portatrice di quei valori pluriculturali che aprono al dialogo con *la otra orilla*.

2. *La produzione letteraria marocchina in lingua spagnola. La scelta linguistica*

Come precedentemente notato, nel corso dei secoli, la lingua spagnola assume differenti ruoli all'interno della comunità marocchina fino all'utilizzazione della stessa in letteratura. È importante evidenziare i motivi che spingono verso tale scelta, in maniera consapevole, gli autori che prenderemo in esame.

[7] La Legge n. 7 del 1985 nasce con lo scopo di unificare al suo interno una serie di regole indipendenti; per questo motivo, uno dei suoi principi fondamentali è proprio la generalità. Si compone di 36 articoli, di cui sette dedicati ai diritti degli stranieri, considerando, tuttavia, solo gli stranieri residenti legalmente in Spagna come oggetto di diritti. Con essa viene istituita la pratica abituale secondo cui il permesso di soggiorno e di lavoro sono unificati in un unico documento. Viene introdotto, inoltre, per la prima volta il principio di preferenza nazionale e il trattamento preferenziale per alcune "tipologie" di stranieri (provenienti da determinati Paesi). Infine, nella sezione sanzionatoria viene imposta, quasi esclusivamente, l'espulsione come misura relativa al soggiorno irregolare o all'ingresso in territorio spagnolo senza i documenti richiesti. (Per approfondimenti si veda *http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana#:~:text=Efectivamente%2C%20la%20Ley%20Orgánica%207,la%20primera%20Ley%20de%20extranjer%C3%ADa*).

[8] Le "regolarizzazioni" consistono nella realizzazione di programmi di legalizzazione delle presenze immigrate in territorio nazionale. Grazie a queste operazioni, del 2000 e del 2005, oltre settecentomila cittadini stranieri residenti in Spagna hanno ottenuto la presenza regolare tra il 2000 e il 2010.

[9] R.G. Grimau, *La frontera Sur de al-Andalus*, Tetuán-Asmir, Tetuán, 2002.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il primo testo in lingua spagnola appare sul quotidiano *El imparcial* di Madrid; si tratta della cronaca di una visita in rappresentanza diplomatica a Fès, redatta da Lahsen Mennum nel 1877 rimanendo, tuttavia, un episodio isolato. Fino agli anni Quaranta, infatti, le testimonianze si limitano ad aree di ricerca condotte all'interno di istituti o università locali. In tali contesti, l'impiego della lingua castigliana è un elemento circostanziale che corrisponde ad una prima fase di istituzionalizzazione della lingua nel Protettorato spagnolo. Questo primo stadio – di impiego della lingua spagnola nella scrittura – coincide con la fase di acquisizione di una lingua straniera e, quindi, di apprendimento della stessa. Ne consegue un uso ancora, in parte, limitato. I veri e propri testi letterari iniziano ad apparire tra la seconda metà degli anni Quaranta e gli anni Cinquanta, vale a dire nel periodo immediatamente precedente all'ottenimento dell'indipendenza del regno del Marocco. Tale fenomeno può essere ricondotto, in primo luogo, ad una ormai avvenuta assimilazione linguistica e, in secondo luogo, ad una particolare esigenza comunicativa degli autori. Fattori, questi, che insieme generano capacità creativa e, di conseguenza, una produzione letteraria piena[10].

Volendo attenerci alle definizioni di M.B. Rekab e A. Limami, è possibile suddividere tematicamente la produzione letteraria marocchina in lingua spagnola in due grandi blocchi. Il primo, chiamato da Rekab dei «fundadores o progenitores»[11], comprende racconti brevi e poesie pubblicati prevalentemente in riviste locali – come *Ketama* o *Al-Motamid* – che costituiranno il mezzo di pubblicazione prevalente tra gli anni Cinquanta e Ottanta del secolo scorso. Gli scrittori appartenenti a questo primo gruppo hanno tutti vissuto durante il periodo coloniale in Marocco e condividono l'esperienza della formazione universitaria in Spagna (e/o in Francia). Di conseguenza, oltre ad aver ampiamente familiarizzato con la lingua, hanno anche vissuto, sperimentato ed interiorizzato – in alcuni casi – i costumi della società europea; fattori, questi ultimi, che hanno permesso loro di padroneggiare forme e contenuti attraverso una prospettiva più ampia e, soprattutto, interculturale.

[10] Cfr. J. Sarria, *El compromiso en la literatura hispanomagrebí contemporánea*, in «Revista de literatura», n. 6, Malaga, 2015.

[11] M.B. Rekab, *Escritores marroquíes de expresión española. El grupo de los 90. Antología*, Publicaciones de la Asociación Tetuán Asmir, 1997.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Ciò che accomuna tali opere è la volontà degli autori di analizzare e condannare, con un pungente sarcasmo, la società marocchina del loro tempo, la quale appare "muta" e "passiva" di fronte a problematiche politiche, etiche e morali. Per tale ragione, autori come Chakor, Hakim, Jatib e Temsamani utilizzano – all'interno delle loro opere – la figura del *loco* per dare voce ai pensieri della società in crisi che, dalla maggioranza, vengono soffocati in un *horrible silencio*. Il "pazzo", proprio per la sua condizione di emarginato, si sottrae alle convenzioni sociali e, per questo, ha la facoltà di esprimere *en voz alta* i propri pensieri, condivisi ma taciuti da quella stessa collettività che lo etichetta come "diverso". Tale figura gode della stima degli scrittori che la utilizzano poiché ritenuta particolarmente saggia, abile e lungimirante, superiore non solo alle menti comuni ma anche alle più brillanti. Ne sono esempio le protagoniste di due racconti di Mohamed Chakor, *La mujer que se escapó de la muerte* e *Las peroratas de Sidi Alal Chupira*, entrambe rifiutate dalla comunità poiché ritenute *mediobrujas o semiodiosa*s – la prima, a causa della sua tagliente schiettezza; la seconda, a causa del suo comportamento adultero.

Il secondo blocco, che racchiude pubblicazioni a partire dagli anni Settanta e dal taglio prevalentemente autobiografico, è definito da Adbellatif Limami dei *forjadores* e si presenta più vario dal punto di vista del genere – troviamo ancora racconti e poesie ma anche un significativo numero di romanzi. Autori quali Rekab, Akalay, Lachiri, el-Fathi, Gharrati, Oubali, Mgara, El Harti, Sibari, Daoudi, Jedidi, El Messari, Alaui, e Taha traggono ispirazione dal proprio vissuto e, pertanto, raccontano il controverso tema della convivenza tra diverse culture e religioni. Ulteriori, complementari temi di frequente interesse sono la ricerca dell'identità nazionale, il problema della migrazione, le difficoltà riscontrate dalle coppie miste, il processo di democratizzazione del Paese, la relazione tra le due coste ma anche le problematiche del mondo arabo – prima fra tutte la questione palestinese. Quanto alla scelta linguistica, elemento di differenziazione rispetto alla prima generazione, è la condizione di subordinazione – in questa fase storica – della lingua spagnola rispetto a quella francese. In altre parole, sebbene essi decidano di utilizzare il *castellano* come lingua della creazione letteraria basandosi sull'evidente legame storico-culturale, gli autori nati tra la fine degli anni Quaranta e l'inizio degli anni Cinquanta parleranno, inevitabilmente, come seconda

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

lingua il francese[12] e, solo come terza, lo spagnolo. Tuttavia, la scelta, consapevole e personale, di scrivere in castigliano nasce dalla volontà di condividere – con la comunità ispanofona – il punto di vista "interno" (di marocchino) riguardo i cambiamenti sociali, politici e culturali avvenuti nel proprio Paese durante il XX secolo. Questa dimensione interculturale rappresenta, da un lato, un processo di emancipazione – che si attua nella volontà di diffondere un immaginario del Marocco meno soggetto a costruzioni stereotipate ed eurocentriche – e, dall'altro, un'operazione di riappropriazione linguistica, nonché culturale:

> Ce que nous essayons tout simplement de faire, c'est de la culture marocaine dans une langue qui nous appartient, à nous aussi. Contrairement à l'écrivain espagnol qui prétend dire quelque chose de notre culture, notre regard est inté-rieur, il participe totalement à la réalité qu'il affronte, il comprend, expose, invente depuis l'intérieur et se trouve pour cela moins enclin au stéréotype et à la distorsion[13].

Come precedentemente evidenziato, la "simbiosi" linguistica tra le due coste[14] non è, quindi, frutto di un processo di acculturazione dovuto al periodo coloniale ma, al contrario, essa trova legittimazione nelle antiche radici storiche che legano il mondo arabo al mondo ispanico. Sono queste origini comuni a spingere gli scrittori verso l'utilizzo della lingua spagnola, ritenuta un elemento caratterizzante della propria identità.

> Al preservar su identidad y especificidad, los escritores marroquíes en lengua española […] consideran que no están expuestos a la aculturación, como argumentan algunos críticos, y que su misión, como portadores de valores multiculturales, es enriquecer y fomentar el diálogo de culturas en el mundo[15].

[12] Alfonso de la Serna riflette sulla disparità del numero di parlanti marocchini francofoni (5 milioni) e ispanofoni (2 milioni) negli anni Novanta del secolo scorso. Si v. M. Chakor, S. Macias, *Literatura marroquí en lengua castellana*, Prisma, Madrid, 1996, p. 5.

[13] E. Santos, *Mediterranée. Un mouvement peu connu*, 2006 (disponibile al link *https://www.babelmed.net/ar/article/64777-essais-de-creation*).

[14] Cfr. B. Mangada Cañas, *Mohamed Boissef Rekab y la literature marroquí en español*, Universidad Autónoma de Madrid, in «Cuadernos De Investigación Filológica», vol. 39, 2013, pp. 47-62.

[15] M. Chakor, S. Macias, *op. cit.*, p. 12.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

A tale proposito, è interessante ciò che Rodolfo Gil Grimau definisce come *magrebidad del español*. La sua teoria si basa su un processo di "sincretismo", attraverso il quale la lingua spagnola è stata interiorizzata dalla popolazione, specialmente nella zona nord del Marocco, a tal punto da risultare in grado di rispondere alla psicologia e alla vita quotidiana marocchina e poterla, quindi, descrivere e raccontare attraverso la letteratura. È in questo senso che la lingua, secondo Grimau, acquisisce un *sentido* "magrebizado", sviluppando – accanto alla tradizione castigliana – una nuova «[…] escritura que, por hispanica, no deja de ser marroquí (o magrebí), de contenido árabe o arabizado, actual, inquieta, e incluso lingüisticamente dialéctica»[16].

3. *Il racconto marocchino*

Il racconto, in Marocco, nasce nell'antichità come trasmissione orale di miti e leggende locali fortemente influenzate dalla tradizione araba/islamica per poi evolversi, nella modernità, in un vero e proprio genere letterario con caratteristiche proprie. L'uso della lingua spagnola arriverà a partire dagli anni del Protettorato, durante i quali non mancheranno le spinte, da parte della potenza coloniale, per la produzione letteraria in castigliano; infatti, negli anni immediatamente successivi all'indipendenza si registra un periodo di indecisione e mancanza di obiettivi per gli autori ispanofoni che, tuttavia, troveranno negli anni Novanta il loro periodo di massima espressione artistica, rappresentato dal gruppo – denominato da Mohamed Bouissef Rekab – *de los 90*.

Le radici del racconto marocchino risalgono ai *cuentos populares* tramandati oralmente e pervasi da una forte influenza orientale, in particolare dei *Racconti delle mille e una notte*. Antonio Rodríguez Almodóvar, in *Cuentos al amor de la lumbre*, individua la possibilità di classificare i *cuentos* come *de costumbres*, *de animales* e *maravillosos*; è possibile applicare tale classificazione anche alla tradizione *cuentistica* marocchina. Infatti, autori come Dolores López Enamo-

[16] R. Gil Grimau, *La frontera Sur de al-Andalus*, Tetuán-Asmir, Tetuán, 2002, p. 127.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

rado o Mohamed Ibn Azzuz Hakim hanno ritrovato, all'interno di alcuni racconti tradizionali come *Las habas de Lalla Zamsa* o *Los tres deseos del pescador*, elementi comuni relativi alla dimensione del "meraviglioso" tipici della tradizione araba – ad esempio, l'abilità degli oggetti di prendere vita e di essere in grado di rendere possibile l'impossibile. Va inoltre menzionata la classificazione di El Hasane Arabi[17] che individua all'interno della tradizione marocchina racconti *de supersticiones*, *de amor*, *de astucia y torpeza* e *históricos*. È importante considerare, per comprendere l'evoluzione del racconto marocchino in lingua spagnola, la produzione in lingua araba studiata e periodizzata da Fernando Ramos durante il XX secolo. Lo studioso ci offre una panoramica dell'evoluzione da *ensayo narrativo* – ricco di elementi fantastici, di cui possiamo trovare efficace rappresentazione nel racconto *Los dos hermanos* (1914) di Al Saquiqari – a *narración relato* di natura storica, tra gli anni Trenta e Quaranta, ambientati in città del Marocco e della Spagna; della resistenza, durante gli ultimi anni del Protettorato, nei quali si pone l'accento sul nemico spagnolo percepito come invasore e di natura sociale, nei quali si evidenzia lo *shock* del passaggio dalla vita rurale alla vita urbana, dovuto all'avvento del colonialismo. Parallelamente al raggiungimento dell'indipendenza del regno del Marocco, nel 1956, possiamo iniziare a parlare di *relato* come vero e proprio genere letterario che affronta come tematiche principali: in primo luogo, una *narrativa de combate* fondata su una ritrovata coscienza nazionale e sulla volontà di ritrovare la propria identità culturale che, infatti, esalta gli eroi della resistenza e condanna le nuove autorità locali rivelatesi più inflessibili dei precedenti poteri coloniali; in secondo luogo, il tema dell'ingiustizia sociale e della *cuestion de la tierra* che inizia ad essere affrontato, a partire dagli anni Sessanta, con maggiore coscienza narrativa – nascono mezzi di pubblicazione, si sviluppa un senso critico letterario e il realismo come genere letterario a tutti gli effetti.

I passaggi evidenziali risultano fondamentali per la nascita e lo sviluppo del genere del racconto marocchino in lingua spagnola che, sebbene differente nella scelta linguistica, porta con sé la memoria locale e la declina secondo canoni differenti. Mohamed Chakor indivi-

[17] H. Arabi, *Cuentos del Marruecos español*, Madrid, 1998.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dua due generazioni di *cuentistas*. La prima, periodizzata tra gli anni Quaranta e Sessanta del secolo scorso, raccoglie al suo interno autori nati durante il periodo coloniale e formatisi culturalmente a cavallo tra il Marocco e le potenze colonizzatrici e la seconda, tra gli anni Settanta e Novanta, rappresentata da scrittori emersi da ambienti universitari che hanno il francese come seconda lingua e che decidono, in maniera consapevole e mirata, di utilizzare lo spagnolo nelle proprie opere. Ci sembra rilevante riportare alcuni tra i nomi più rilevanti, espressione di questo genere letterario rispettando la periodizzazione di Chakor. Nel primo blocco spiccano:

- Abdul-Latif Jatib, nato a Tetuan nel 1926, la cui opera più conosciuta è *La proscrita* (1953). La storia di Rahma, un'anziana signora che vive di carità, ormai nel disprezzo della sua comunità poiché, nonostante avesse rappresentato un ideale di bellezza durante la sua gioventù, non è mai stata presa in matrimonio;
- Mohamed Temsamani, nato ad Alhucemas nel 1932. Il suo racconto *Zuleija o la historia del loco del cabo*[18], ambientato in un mondo onirico, narra la storia di un uomo che rende vittime della sua follia sua moglie e poi la sua amante;
- Abdelkader Uariachi (Nador, 1935) pubblica diversi racconti, tra cui *Más allá de la muerte* e *Una lección bien aprendida*, che mantengono le caratteristiche tipiche del racconto in lingua araba;
- Lo stesso Mohamed Chakor (Tetuan, 1937). È probabilmente la personalità più rilevante e conosciuta della scrittura marocchina in lingua spagnola, in grado di spaziare tra genere poetico e narrativo e combinarli tra di essi. Tra i suoi racconti citiamo *Las peroratas de Sidi Alal Chupira* e la raccolta *La llave y latidos del Sur* (1992; 1997).

Tra gli autori del secondo gruppo, invece, compaiono:

- Mohamed Bouissef Rekab (1948), originario di Tetuan completa i suoi studi a Madrid. Citiamo la sua raccolta di racconti *El vidente* (1994) e i tre romanzi brevi *Desmesura* (1995), *Inquebrantables* (1996) e *Los bien nacidos* (1998). Secondo

[18] Compare in J. López Gorgé, *Nueva Antología de Relatos Marroquíes*, Madrid, 1999.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Rekab, «el cuento es atrapar en el aire unos trazos de vida que pasan; es la intención de valorar unas acciones reales y palplitantes que viven unas personas; a veces son también irreales»[19];

- Mohamed Sibari, nasce nel 1948 a Larache, città che lascerà per proseguire gli studi universitari a Granada. È tra gli scrittori ispanofoni più prolifici del nord del Marocco. Citiamo i romanzi brevi *El Caballo* (1993), *Regulares de Larache* (1995), *Judería de Tetuán* (1994) e *La Rosa de Xauen* (1996) e l'ultima sua opera conosciuta *Cuentos de Larache* (1998);
- Said Jedidi (1947) è giornalista *tetuaní* di cui conosciamo solo il racconto *Ni una sola arruga*. Si tratta della storia d'amore tra un musulmano devoto e una monaca spagnola, ambientata durante la II Repubblica Spagnola celando un marcato retroscena politico;
- Mohamed Lahchiri, professore e giornalista nato a Ceuta nel 1950. Molti dei suoi racconti sono stati pubblicati dalla rivista *La Mañana* di Casablanca, dal quotidiano Grupo Maroc-Soir e raccolti, successicamente, nel suo libro *Pedactios entrañables* (1994).

4. *Conclusioni*

Tracciando i momenti fondamentali dell'incontro tra la cultura marocchina e la cultura spagnola, è stato possibile comprendere che il legame che unisce questi due popoli ha radici storiche antiche e ben consolidate, le quali hanno permesso la diffusione, nel corso dei secoli, della lingua spagnola in Marocco all'interno di diversi contesti. Quanto all'utilizzo della stessa nella produzione letteraria da noi analizzata, è emersa la necessità, da parte degli autori, di rivendicare quelle radici per "valorizzare", e "giustificare", la scelta linguistica da loro intrapresa. Tuttavia, adottando una prospettiva differente, sarebbe interessante interrogarsi sulla possibilità che un'ulteriore motivazione possa aver influito sulla decisione, basata sulle potenzialità liberatorie e dissacratorie dell'utilizzo della lingua straniera nel processo creati-

[19] M. Bouissef Rekab, *Escritores marroquíes de expression Española «el grupo de los 90» Antología, Tetuán*, 1997.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

vo degli autori. In altre parole, la volontà di comunicare all'"altro" nella "lingua dell'altro" al fine di ridurre le differenze e mettere in atto tra i soggetti un'operazione di riconoscimento, quanto meno linguistico. Ad esempio, osserva il poeta di origine algerina Tahar Lamri che per lui scrivere in italiano è stata una rinascita «molto dolorosa, tesa comunque verso la libertà, perché se è vero che la lingua materna protegge, quella straniera libera e dissacra»[20].

[20] S. Contarini, *Lingue, dialetti, identità. Letteratura dell'immigrazione*, in Nicolas Bonnet (a cura di), *Particularismes et identités régionales dans la littérature italienne contemporaine*, Centre Interlangues, non paginé, 2011 (disponibile al link: *https://shs.hal.science/halshs-00753851/document*).

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

In fieri

Cristiana Colacicco

Mercato Unico Digitale e tutela dei diritti

Sommario: 1. Genesi di una carta dei diritti digitali nell'Unione europea. – 2. Valutare e affrontare il *digital divide*. – 3. *Segue*. Svolgimento e diffusione dei *cyber* attacchi.

1. *Genesi di una carta dei diritti digitali nell'Unione europea*

In relazione alla definizione dei diritti fondamentali influenzati dal progresso tecnologico, nei documenti dell'Unione – in particolare, gli articoli 7 e 8 della Carta[1] – si fa soprattutto riferimento al rispetto della vita privata e, segnatamente, alla tutela dei dati personali. Questa attenzione si concentra particolarmente sull'uso dei *big data,* che assume un ruolo strumentale in varie applicazioni di intelligenza artificiale e decisioni automatizzate. Si sottolinea altresì l'importanza di trovare un equilibrio tra gli interessi pubblici e privati nell'adozione di tecnologie da parte della pubblica amministrazione, garantendo al contempo la tutela del principio di trasparenza e la divulgazione degli atti amministrativi.

Sembrerebbe emergere un potenziale contrasto con altri diritti e libertà fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione, tra cui la dignità umana, il diritto all'informazione ed al pluralismo, il giusto processo e il divieto di discriminazione.

Tuttavia, è ragionevole il riferimento "aperto" ai diritti fondamentali nei documenti dell'Unione, poiché gli sviluppi costanti ed imprevedibili delle applicazioni tecnologiche rendono difficile prevedere in modo esauriente le "interferenze" che possono verificarsi in relazione al rispetto di tali diritti.

[1] Articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

È evidente che la tutela di ogni diritto fondamentale può tradursi in una serie di ulteriori diritti e principi, sottolineando l'importanza del ruolo interpretativo svolto dalla giurisprudenza.

Un punto cruciale nel dibattito sulla regolamentazione delle applicazioni tecnologiche riguarda l'adeguata protezione offerta dalle fonti di tutela dei diritti fondamentali, in particolare la Carta, nei confronti dei rischi associati a tali applicazioni. Si pone l'interrogativo se sia necessario sviluppare nuovi strumenti, sia vincolanti che di *soft law*, adatti alle specificità delle applicazioni tecnologiche.

L'argomento ha acquisito maggiore rilevanza con la firma, da parte dei presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione, della Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali[2].

La decisione di sviluppare un testo che aspiri a promuovere una transizione digitale in linea con i valori dell'Unione sembra adombrare – da parte delle istituzioni – l'inadeguatezza della Carta nell'adeguata tutela in questo ambito.

Sembra che la Dichiarazione miri in minor grado ad un approccio di integrazione delle fonti esistenti e maggiormente a tutelare che i diritti già protetti nel mondo reale siano estesi anche a quello virtuale. Detto approccio è allineato alla promozione dell'equiparazione della tutela dei diritti *online* a quella garantita *offline*[3].

In questa prospettiva, il rapporto con la Carta sembra non denotare la volontà di enunciare diritti aggiuntivi rispetto a quelli già da essa previsti, ma piuttosto di estendere nella dimensione virtuale

[2] La Dichiarazione è stata firmata il 15 dicembre 2022 sulla base di una proposta della Commissione (COM (2022) 28final), del 22 gennaio 2022). Cfr. sulla Dichiarazione, P. De Pasquale, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea*?, in «Il diritto dell'Unione europea», Osservatorio, 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.dirittounioneeuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=1355*.

[3] Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, Bruxelles, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0067*: «Ciò che è illecito offline deve esserlo anche online. Anche se non è possibile prevedere il futuro della tecnologia digitale, i valori e le norme etiche dell'UE, così come le sue norme sociali e ambientali, devono essere applicati anche nello spazio digitale».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

la tutela già offerta. La Dichiarazione, come indicato nel suo preambolo, "si basa in particolare sul diritto primario dell'UE"; richiama i Trattati, la Carta, la giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto discendente, facendo ampio riferimento a dichiarazioni degli Stati membri e a risoluzioni del Parlamento Europeo.

Guardando al contenuto della Dichiarazione, si osserva che essa enuncia principi di natura principalmente programmatica piuttosto che formulare nuovi diritti[4], con l'intento, attraverso un approccio ricognitivo, di "ricordare i diritti più pertinenti". L'obiettivo di delineare un "modello europeo per la transizione digitale che metta al centro le persone" è enfatizzato, guidando i responsabili politici nella loro azione. Si impegna a garantire, tra l'altro, una eccellente connettività, la trasparenza nell'utilizzo degli algoritmi, l'informazione e una produzione che limiti l'impatto ambientale. I diritti peculiari alla dimensione digitale, menzionati nella Dichiarazione, confermano la natura di nuove manifestazioni di diritti già tutelati dalla Carta – come, ad esempio, il diritto alla disconnessione – derivanti dai principi relativi alla salute e alla tutela dei lavoratori[5] o il diritto di accesso all'algoritmo, che riflette una particolare dimensione del principio di trasparenza e si presenta come funzionale al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

In questa interpretazione, la Dichiarazione impegna le istituzioni a adeguare l'attività normativa ad una visione regolatrice dei diritti fondamentali già garantiti, adeguandoli alle nuove esigenze dello sviluppo tecnologico. La modalità di adozione del testo suggerisce l'auspicio programmatico delle istituzioni in forza del quale emerga un viatico simile a quello connaturato alla *vis* vincolante della Carta, anche se tale evoluzione appare difficile da presumere.

Occorre anche considerare se un'interpretazione estensiva ed "adeguatrice" della Carta, con il contributo significativo della Corte

[4] Un nuovo diritto è stato prospettato dal Comitato economico e sociale che ha formulato, in un parere di iniziativa, del 19 settembre 2018, il diritto dell'essere umano a non essere "mai l'esecutore della macchina" (2018/C 440/01).

[5] Riguardo la risoluzione del Parlamento europeo, del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181 (INL)). Si menzionano nella risoluzione, tra le fonti rilevanti, anche gli articoli 23 (parità tra donne e uomini) e 31 (condizioni di lavoro giuste ed eque) della Carta dei diritti fondamentali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di giustizia, possa fornire un quadro di tutela sufficiente per evitare l'adozione di un nuovo strumento vincolante, che potrebbe complicare ulteriormente il già articolato sistema di tutela dei diritti fondamentali. In aggiunta, i principi generali potrebbero svolgere una funzione integrativa, riconosciuta in base all'art. 6, par. 3, TUE, nel caso in cui la Carta dovesse rivelarsi insufficiente, sfruttando la flessibilità intrinseca che rappresenta un elemento cruciale e prezioso nella *governance* di sviluppi tecnologici in rapida evoluzione.

È importante esaminare anche i lavori nel Consiglio d'Europa con riferimento a possibili enunciazioni di diritti relativi alle nuove tecnologie. Ad esempio, è opportuno ricordare che nell'agosto 2022 la Commissione europea ha adottato una raccomandazione di decisione per ottenere l'autorizzazione del Consiglio alla partecipazione ai negoziati per una convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale in relazione a diritti umani, democrazia e Stato di diritto[6].

La Commissione sostiene l'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione per concludere la Convenzione, poiché l'accordo incide su norme comuni ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE. Tale considerazione tiene conto non solo degli atti attualmente in vigore, ma anche dei futuri sviluppi del diritto dell'Unione, incluso il progetto di regolamento sull'intelligenza artificiale. Pertanto, è necessario condurre i negoziati a nome dell'Unione in modo da garantire coerenza e uniformità delle regole dell'UE. Si ipotizza che la Convenzione potrebbe includere una clausola di disconnessione, consentendo agli Stati membri di disciplinare i loro rapporti reciproci in base al diritto dell'Unione.

L'ipotesi che i diritti specificamente legati alle innovazioni tecnologiche siano enunciati a livello di norme primarie dell'Unione, come una sorta di Carta dei diritti digitali, o in una Convenzione ratificata dall'Unione, lascia aperta la principale e più complessa esigenza nor-

[6] Commissione Europea, allegato della raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati a nome dell'Unione europea per una convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale, i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, 414final, del 18 agosto 2022, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/10652370399005dcc12588b100349d73/$FILE/COM2022_0414_IT_ALL1.pdf*. Alla redazione di tale Convenzione sta lavorando un Comitato istituito per il periodo 2022-2024. Un precedente comitato *ad hoc* ha terminato i lavori nel dicembre 2021 redigendo un documento finale che auspicava l'adozione di una convenzione.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

mativa: declinare i principi e diritti fondamentali nei contenuti degli atti derivati, individuando le forme di regolazione adeguate. Questo solleva questioni di particolare rilevanza, toccando il dibattito istituzionale e scientifico riguardo alle modalità di attuazione dei diritti e principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali[7].

È un punto cruciale, poiché – mentre si dibatte sulla regolamentazione di questi diritti – il cyberspazio si evolve costantemente, dando vita a mondi virtuali nel metaverso digitale. Le persone, attraverso *avatar*, vivono una vita parallela, suscitando discussioni sule modalità di garanzia dei diritti soggettivi correlati, metadigitali, allo stesso modo della vita reale. La tutela di questi diritti rappresenta una sfida e un tema di crescente importanza nelle discussioni normative[8].

2. *Valutare e affrontare il* digital divide

Il *digital divide,* o "divario digitale", è un fenomeno complesso ed articolato, legato allo sviluppo delle tecnologie informatiche e di Internet da cui derivano estese e rilevanti disuguaglianze culturali e sociali; a causa della complessità e della multidimensionalità, non esiste una definizione univoca del fenomeno. Al contrario, esistono diverse definizioni che cercano di descriverlo integralmente. Tuttavia, queste definizioni devono essere costantemente aggiornate, poiché il *digital divide* è un processo in continua e rapida evoluzione.

La sociologa italiana Laura Sartori, tra le esperte del fenomeno, ha dato un contributo innovativo definendo il *digital divide* come «un concetto multidimensionale, sfaccettato e in continua evoluzione a cui una visione polare non può che fare l'effetto di una coperta troppo corta»[9]: la descrizione sottolinea la complessità del fenomeno, evidenziando la sua natura multifattoriale e in costante cambiamento.

[7] N. Lazzerini, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel* law-making *europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela,* "La Codificazione nell'ordinamento Internazionale e dell'unione Europea", XXIII Convegno, Ferrara, 6-8 giugno 2018.

[8] P. De Pasquale, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea*?, *op. cit*.

[9] L. Sartori, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, il Mulino, Bologna, 2006.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Il termine *digital divide* è generalmente utilizzato per descrivere il divario esistente tra coloro che hanno accesso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, compreso l'accesso a Internet, rispetto a chi è privo di possibilità. Questa è considerata la prima definizione ufficiale del c.d divario digitale, emersa nel terzo rapporto della serie *Falling throught the Net* stilato nel 1999 dalla National Telecommunication and Information Administration negli Stati Uniti[10].

Nell'uso comune, il termine indica qualsiasi forma di disuguaglianza, discriminazione, barriera o limitazione nell'accesso alle nuove tecnologie. Questa disparità non riguarda solo la possibilità fisica di accedere a computer o Internet, ma anche la capacità effettiva di utilizzare tali strumenti. Il *digital divide* è così considerato un fenomeno multidimensionale, in quanto caratterizzato da due aspetti fondamentali: l'accesso e l'uso. Oltre al semplice accesso a Internet attraverso il possesso di *modem* e *computer*, si discute pubblicamente sulle possibili distinzioni basate sulle diverse capacità individuali di utilizzare efficacemente le nuove tecnologie, Internet *in primis.*

Il *digital divide*, come sottolineato dal professor Manuel Castells, esperto di reti, società ed informazione, agisce come nuovo elemento amplificatore del divario tra coloro che vivono "nell'era dell'informazione" e chi ne rimane escluso. Nel suo influente lavoro "La nascita della società in rete", Castells analizza le dinamiche del passaggio epocale dalla vecchia era industriale a quella informazionale[11]. In questa nuova era, le innovazioni tecnologiche hanno modificato i paradigmi comunicativi, rendendoli interattivi, e le reti costituiscono la nuova morfologia sociale. La diffusione della logica di rete ha un impatto sostanziale sui processi di produzione, esperienza, potere e cultura. Castells conclude che il nuovo sistema sociale basato su reti globali dipende interamente sia dall'accesso che dalla competenza tecnologica[12].

La prospettiva corretta è quella che considera la tecnologia completamente integrata nel contesto sociale, tenendo conto non solo della semplice disponibilità fisica di un *computer,* ma anche di fat-

[10] P. Norris, *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

[11] M. Castells, *La nascita della società in rete*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014.

[12] M. Castells., *Galassia Internet*, Feltrinelli, Milano, 2013.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

tori come le risorse economiche, sociali e relazionali. Ne risulta che i principali soggetti discriminati sono spesso i poveri, gli anziani, le donne e coloro con scarse istruzioni, una realtà che si verifica in gran parte dei paesi. I nuovi media – in particolare il computer e Internet – hanno apportato profonde modifiche alla nostra società, soprattutto per quanto riguarda la fruizione delle informazioni, che oggi costituiscono il fulcro della conoscenza e dell'azione sociale di ogni individuo. Le nuove tecnologie hanno influenzato in modo diffuso diversi aspetti della vita quotidiana, dalla nostra mobilità ed azione, al modo in cui percepiamo il tempo e lo spazio. La società ha subito una vera e propria metamorfosi, trasformandosi in quello che il sociologo canadese McLuhan ha definito un "grande villaggio globale". In questo ambito, idee, tecnologie, prodotti e persone si spostano da un luogo all'altro e le diverse culture entrano in contatto, influenzandosi reciprocamente in modo sempre più dinamico[13].

L'innovazione tecnologica, con la creazione di nuovi media, ha introdotto un processo di comunicazione bidirezionale e interattivo. Nel contesto del Web 2.0, la condivisione delle informazioni assume un ruolo centrale, trasformando i contenuti in forme multimediali e interattive. Ciò rivoluziona le tradizionali modalità di comunicazione e socializzazione, modificando profondamente i contesti sociali, economici e culturali.

Il computer e le nuove tecnologie, a seconda del contesto sociale e delle situazioni individuali legate a genere, età, cultura, abilità o disabilità possono essere percepite come una barriera o, al contrario, come un ponte verso la fruizione e la condivisione delle informazioni. Se la tecnologia funge da "ponte", offre l'opportunità di connettere persone, comunità e paesi in modo equo e democratico[14]. Tuttavia, se l'accesso è impossibile, crea uno sbarramento, contribuendo a separare le persone in base a censo o luogo geografico. Questa barriera si aggiunge ad altre, che vanno dalle fondamentali per la sopravvivenza – come l'accesso all'acqua o risorse alimentari, alle cure mediche o istruzione – a quelle basilari per il rispetto dei diritti umani e delle libertà individuali.

[13] M. McLuhan, *La galassia Gutenberg: nascita dell'uomo tipografico*, Armando editore, Roma, 2015.

[14] E. De Blasio, *Democrazia Digitale. Una piccola introduzione*, Luiss University Press, Roma, 2014.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Al di là della definizione di divario digitale, quest'ultimo è un fenomeno in costante e veloce evoluzione e un numero crescente di esperti sta cercando di spiegarlo. Oltre all'accesso alle tecnologie, il divario digitale si manifesta anche in relazione alle disuguaglianze contestuali tra aree territoriali e individuali. Queste ultime includono non solo la disponibilità di informazioni, ma anche la qualità dei mezzi tecnici e la capacità effettiva di utilizzare la tecnologia.

La originaria visione dicotomica del fenomeno, che distingue tra coloro che hanno accesso alle informazioni (*infomation-haves)* e coloro che ne sono privi (*information have-nots)*, è stata progressivamente abbandonata e rimodulata. Attualmente, tra le diverse ipotesi formulate, due delle più accreditate sono l'ipotesi della normalizzazione e quella della stratificazione, entrambe analizzate nel testo di Laura Sartori sul divario digitale.

Secondo l'ipotesi della normalizzazione, il divario digitale attuale verrà gradualmente superato. Man mano che la tecnologia diventa più accessibile a costi minori e con interfacce più semplici, si prevede un generale livellamento. La prospettiva suggerisce che, simile a quanto avvenuto con l'adozione di elettrodomestici, le iniziali disuguaglianze potrebbero essere colmate nel tempo. In sintesi, l'attuale divario è considerato temporaneo e tende ad annullarsi gradualmente con la riduzione dei costi delle nuove tecnologie.

L'ipotesi della stratificazione, invece, suggerisce che il divario digitale si inserisca in una struttura sociale già stratificata per motivi economici, culturali e sociali, accentuando le disuguaglianze esistenti. Max Warschauer, nel 2001, ha indicato il *Digital Divide* come una stratificazione sociale che si sviluppa come un continuum basato su diversi livelli di accesso alle informazioni. Questa prospettiva prevede che coloro che si trovano in una posizione di relativo vantaggio consolidino o addirittura incrementino tali privilegi a scapito di categorie di consumatori più lenti nell'adozione delle nuove tecnologie. Ciò implica che le differenze tra le due categorie sociali non potrebbero mai essere colmate, suggerendo l'esistenza di settori della popolazione impermeabili alla penetrazione delle nuove tecnologie.

Il *divide*, quindi, non seguirebbe una sola direzione, come nella prima ipotesi, ma si svilupperebbe in modo frammentato, inserendosi tra le disuguaglianze sociali preesistenti e rafforzando «[…] quei

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

differenziali di conoscenza *(knowledge gaps)* che già caratterizzano il pubblico di fronte ai media più tradizionali»[15].

Secondo l'analisi condotta da Roberta Bracciale[16], docente di Sociologia della comunicazione presso l'Università di Pisa, nel suo lavoro "Donne nella rete - Disuguaglianze digitali di genere" del 2010, l'idea di una "società dell'informazione per tutti" si scontra con la realtà evidente: il cyberspazio[17] è ancora prerogativa di alcuni gruppi sociali mentre altri ne restano esclusi. Le indicazioni che emergono dall'analisi dell'ambito americano evidenziano elementi a favore di entrambe le ipotesi, suggerendo che il *digital divide* non segue un'unica direzione, ma si manifesta in modo complesso e sfaccettato, rispecchiando le disuguaglianze preesistenti nella società.

A favore dell'ipotesi della normalizzazione possono essere considerati almeno due elementi:

– L'effettiva riduzione di alcune differenze, come quelle legate al genere, alla regione geografica e all'età.

– L'adozione più attuale di Internet coinvolge strati sociali meno privilegiati della popolazione

Tuttavia, altrettanti elementi possono essere citati a sostegno della supposizione della stratificazione:

– Nonostante una parziale riduzione della distanza tra diverse categorie sociali, donne, anziani e fasce a basso reddito stentano ancora ad accedere ad Internet

– Dopo una significativa riduzione del divario avvenuta agli inizi del 2000 grazie ad interventi pubblici, in molti che avevano ottenuto l'accesso ad Internet tramite dette azioni hanno dovuto abbandonare (*drops-outs*) a causa degli elevati costi del servizio.

Negli ultimi anni, si è sviluppata una riflessione equidistante tra le due ipotesi, ammettendo che entrambe sono parzialmente valide, ma nessuna può essere considerata pienamente conclusiva. Di fronte alla varietà delle differenze emerse, si ipotizza che, mentre una disparità potrebbe assottigliarsi secondo la prima ipotesi, un'altra potrebbe

[15] L. Sartori, *Il divario digitale*, op. cit., p. 222.

[16] R. Bracciale, *Donne nella rete - Disuguaglianze digitali di genere,* Franco Angeli, Milano, 2010.

[17] B. Galimberti, C. Riva, *Il soggetto nella rete. Per una psicosociologia del cyberspazio*, Carrocci, Roma, 2002.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

subentrare e aumentare, perpetuando e consolidando una differenza che muta solo nella peculiare tipologia. In sintesi, il divario potrebbe persistere, pur modificandosi ed evolvendo nel tempo.

Al momento, sembra che gli elementi a favore della stratificazione e tendenza all'accumulazione di vantaggi siano più numerosi rispetto alla riprova dell'ipotesi della normalizzazione. Inoltre, la tesi della stratificazione è ormai la più accreditata in ambito sociologico, in quanto ben si integra con la teoria secondo cui l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione è legato a contesti sociopolitici, storici e culturali, oltre che alla volontà dell'individuo di utilizzare tali mezzi informatici.

Il divario, sempre più variegato nel corso degli anni, può essere distinto in tre tipi principali:

globale, che si riferisce alle differenze tra Paesi più o meno sviluppati; sociale, che riguarda le disuguaglianze all'interno di un singolo Paese; democratico, associato alla partecipazione alla vita democratica di un Paese attraverso le nuove tecnologie.

All'interno di queste categorie, basate principalmente sull'accesso alla rete, sono necessarie ulteriori distinzioni considerando risorse fisiche, digitali, umane, sociali e istituzionali. Dall'analisi di queste variabili emergono quattro elementi fondamentali che contribuiscono a determinare i diversi tipi di divario digitale:

1) Accesso finanziario: la capacità di sostenere le spese per la connessione internet;
2) Accesso cognitivo: l'abilità del soggetto nel gestire adeguatamente gli strumenti e le informazioni *online*;
3) Produzione di contenuti online: la disponibilità di un'offerta sufficiente per soddisfare i bisogni dell'utente;
4) Accesso politico: la possibilità per l'utente di interagire con le istituzioni che regolano la tecnologia che stanno utilizzando.

In aggiunta, cinque ulteriori indicatori sono essenziali per uno studio approfondito: la capacità di utilizzare tecnologie digitali; ottenere informazioni e aiuto da persone terze; luogo di accesso e possibilità di utilizzare internet per interessi personali e opportunità che possono variare significativamente[18].

[18] R. Iannone, *Società dis-connesse: le sfide del digital divide*, Armando editore, Roma, 2007.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Analizzare le conseguenze del fenomeno è complesso perché il digital divide impatta sulla sfera relazionale e comunitaria delle persone e sul godimento di alcuni diritti inalienabili, come la libertà d'espressione e l'acceso agevolato alle informazioni. Non solo, si pensi a tutte quelle attività digitalizzate nel tempo e inarrivabili per chi non sa o non può usare gli strumenti digitali (il pagamento delle bollette, i rapporti con la pubblica amministrazione, i fascicoli sanitari e tanti altri)[19]: a tutti gli effetti ciò rappresenta una nuova forma di disuguaglianza e un grave fattore di discriminazione culturale ed esclusione sociale.

Sul versante economico, uno studio della Boston Consulting Group (BCG) ha dimostrato, per esempio, che in Paesi con ridotto divario digitale (Svezia e Svizzera), i cittadini possono godere di maggiori opportunità lavorative, spesso traducendosi in effetti positivi anche su PIL e reddito nazionale.

In termini giuridici, il *digital divide* può essere considerato un argomento collegato ai diritti umani, alla giustizia sociale e all'equo accesso alle risorse tecnologiche. Già in condizioni ordinarie il divario digitale si manifesta, dunque, come una vera e propria forma di disuguaglianza sociale che può innescare negazione di diritti fondamentali, con il passare del tempo e con l'ulteriore sviluppo informatico, il fenomeno si è notevolmente acuito.

La disuguaglianza giuridica si concretizza nella negazione dell'effettiva attuazione di alcuni diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, che all'art. 19 sancisce il diritto di «[…] cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere"; all'art. 22, con riguardo alla "[…] realizzazione […] dei diritti economici, sociali e culturali di ogni individuo indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità» e, infine, all'art. 27 secondo il quale «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberatamene alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici».

Il tema, tuttavia, può essere inquadrato anche da un punto di vista costituzionale, muovendo da due diversi punti di vista, tuttavia com-

[19] Trend, *Il* Digital Divide *in Italia: la situazione nel nostro paese e piani di intervento*, in *trenonline.com*, 2023, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.trend-online.com/tlc-uno-sguardo-verso-futuro/digital-divide-italia-situazione-paese-piani-intervento/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

plementari tra loro. Così, se consideriamo la rete come dimensione in cui incanalare l'intero patrimonio giuridico composto dai diritti e i doveri previsti dall'ordinamento[20], essa rappresenta uno strumento per favorire lo svolgimento della personalità dell'individuo e la tutela dei diritti fondamentali, evidenziando un legame con l'art. 2 della Carta costituzionale. Peraltro, tutti i fattori esaminati che sono alla base del fenomeno sono riconducibili a quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese» *ex.* art. 3, comma 2, della Costituzione.

In altre parole, il potere individuale di esprimere la propria personalità *online* deve essere sostenuto da una volontà politica volta a superare le attuali sfide, sia con l'aggiornamento tecnologico e infrastrutturale, sia attraverso programmi a lungo termine mirati a promuovere la competenza informatica in tutti gli strati della società.

In effetti, la prospettiva di assicurare un'alfabetizzazione informatica a lungo termine non appare così ovvia se consideriamo la natura intrinsecamente mutevole del mondo digitale e della rete Internet. Mentre è plausibile raggiungere un apprendimento tradizionale attraverso progetti ad effetti duraturi – poiché le basi delle competenze (come la scrittura) rimangono sostanzialmente immutate – lo stesso non può affermarsi per l'ambito informatico. Quest'ultimo è contraddistinto da un dinamismo incessante e inevitabile, che rende più complessa nel lungo periodo la conservazione dell'evoluzione e la garanzia di competenza alfabetica funzionale allo sviluppo digitale.

Il superamento del *digital divide*, quindi, è un progetto che si articola su più livelli con criticità di natura geografica, economica e sociale. È quindi necessario intervenire su tali problematiche e provare a risolverle entro i prossimi 3 anni, in modo da consentire a tutta la società la possibilità di accedere alle nuove tecnologie digitali entro il 2026, non ultime quelle che si basano sull'IA. Da qui la necessità di rendere *"smart"* sia

[20] Una sentenza del Giudice di Pace di Trieste ha riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio danno da *digital divide*, provocato dalla violazione del diritto di accesso alla rete, che impedisce all'individuo di esercitare regolarmente i propri diritti *on line* e che è qualificabile come danno alla persona sottoforma di perdita di *chance.* V. Giudice di Pace di Trieste, 30 luglio 2020, n. 587.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

il settore dell'educazione che quello del lavoro, integrando progressivamente tutti i servizi digitali disponibili, garantendo un accesso completo per tutti i cittadini. La trasformazione, però, non deve limitarsi al lavoro e allo studio da remoto (tema di grande attualità nel corso della pandemia), ma deve integrarsi anche – e soprattutto – nelle realtà formative e lavorative in presenza, così da favorire l'inclusione e non l'isolamento.

La *smart education* e lo *smart working* vanno, infatti, ben oltre il semplice svolgimento di attività da remoto, in video-conferenza. Si tratta di sintesi tra le attività tradizionali, di formazione e lavoro, e le risorse digitali messe a disposizione dalle nuove tecnologie; il percorso deve rendere più efficiente la formazione e il lavoro anche in presenza. Ad oggi, il *digital divide* (di tipo geografico, culturale e/o economico) rappresenta ancora un ostacolo da rimuovere per raggiungere gli obiettivi di *smart education* e *smart working* (a loro volta legati alla promozione di una cultura digitale e al completamento di un processo di *re-skilling*[21] della popolazione italiana).

3. Segue. *Svolgimento e diffusione dei* cyber *attacchi*

Ogni reato presenta una propria collocazione spazio-temporale, determinando effetti legati alla successione delle leggi nel tempo, alla legge territorialmente applicabile e alla prescrizione del reato. È essenziale riconoscere che, dal punto di vista penalistico, Internet ha introdotto nuove dimensioni e tematiche che richiedono soluzioni giuridiche adeguate.

Gli autori di reati possono sfruttare Internet per amplificare la diffusione del loro messaggio, celandosi dietro l'anonimato o approfittare dell'impunità offerta dalle leggi del luogo in cui agiscono.

L'individuazione del *locus commissi delicti*, ovvero il luogo del reato, è cruciale in ogni ordinamento giuridico per porre limiti temporali e territoriali all'applicazione delle leggi. Questa determinazione individua sfide a livello sostanziale e processuale, coinvolgendo

[21] Con il termine *re-skilling* si intende la capacità di un dipendente di acquisire nuove conoscenze e competenze necessarie per svolgere una nuova mansione lavorativa, diversa rispetto a quella che svolge attualmente. Questa strategia permette all'azienda di non assumere nuovo personale e di affrontare la carenza di competenze all'interno dell'impresa, utilizzando le risorse già presenti in azienda.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

non solo l'identificazione del giudice competente, ma anche la rilevanza penale del fatto stesso: la questione è fondamentale per risolvere eventuali conflitti giurisdizionali[22].

Ad esempio, se la condotta fosse assoggettata a sanzioni penali esclusivamente in Italia, ciò implicherebbe che, in caso di esclusione dell'applicazione della legge italiana, il reato rimarrebbe inevitabilmente impunito. Nelle frodi compiute attraverso l'utilizzo di mezzi informatici, la comunicazione a distanza si rivela particolarmente efficace nel creare nella vittima una falsa rappresentazione della realtà[23].

Altri esempi rilevanti si riscontrano nella diffusione propagandistica di idee, soggetta a rilevanza penale secondo le leggi di ciascun ordinamento, nell'abuso dei mezzi di pagamento, nel cyber-terrorismo[24] e nel reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Per affrontare la questione della giurisdizione e della competenza, sono necessarie alcune considerazioni. Riguardo all'individuazione del luogo in cui si commette il reato, è importante notare che si tratta spesso di accessi virtuali o a distanza tramite collegamenti effettuati via *modem*. Di conseguenza, il reato deve considerarsi perfezionato nel luogo in cui è situato il sistema oggetto di intrusione, non nel luogo fisico dell'agente al momento delle attività contestate[25].

La giurisprudenza indica che il luogo di consumazione del reato di accesso abusivo a un sistema informatico non coincide con quello in cui vengono inseriti i dati per accedere al sistema, bensì con la posizione del server che elabora e verifica le credenziali di autenticazione del cliente. Il cyberspazio è spesso paragonato a un *wild west*, un territorio in costante espansione che consente la delocalizzazione delle risorse e la detemporalizzazione delle attività. Gli utenti possono pianificare ed

[22] D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, Napoli, 2004.

[23] Cass. pen., 6 aprile 2018, n. 41013, in tema di truffa tramite il mezzo informatico. Il soggetto attivo induceva le vittime ad effettuare trasferimenti di denaro su una carta prepagata dopo averli indotti in errore offrendo loro oggetti posti in vendita su Internet e prestando garanzie sulla propria affidabilità di venditore

[24] R. Flor, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in G. Fornasari, R. Wenin (a cura di), *Diritto penale e modernità. Nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del Convegno, Trento, 2-3 ottobre 2015, ESI, Napoli, 2017.

[25] C. Parodi, A. Calice, *Responsabilità penali e internet*, in *IlSole24Ore*, Milano, 2001.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

eseguire operazioni a distanza, senza richiedere alcun contatto fisico tra la persona e il sistema informatico. La deterritorializzazione dell'utente consente di essere presente in più luoghi virtuali contemporaneamente.

Il costante avanzamento della rete è stato fertile terreno per i cybercriminali. Le risposte legislative al fenomeno hanno portato all'incriminazione di nuove tipologie di comportamenti, affrontando le sfide legate alle modalità particolari con cui si verificano, complicando l'applicazione dei principi ordinamentali tradizionali. Siffatti comportamenti si manifestano attraverso operazioni automatizzate che si estendono su diversi punti della rete, rendendo difficile determinare il luogo spaziale in cui il reato si consuma. La teoria dell'ubiquità, utilizzata dal legislatore, stabilisce che il reato è considerato commesso nel territorio dello Stato se parte dell'azione è ivi avvenuta ma anche se l'evento si è verificato nel medesimo luogo. Ciò sottolinea l'importanza di individuare criteri specifici, dato il particolare *modus operandi* delle azioni.

Ciò ha portato all'emersione di voci autorevoli che hanno sottolineato la necessità di un diritto giudiziale flessibile, considerando il contesto transnazionale, immateriale e a-territoriale in cui operano i *cybercrimes*. La giurisprudenza ha affrontato il tema, cercando soluzioni adeguate alla struttura atipica degli illeciti nel cyberspazio. Orientamenti diversi ne sono scaturiti: uno che considera la fisicità dei comportamenti, ancorando il luogo di consumazione all'allocazione spaziale del *server* centrale, un altro che privilegia la struttura della rete, individuando il luogo del reato nel punto in cui l'agente avvia il dialogo con il sistema informatico. La giurisprudenza di legittimità, in omaggio al principio del giudice naturale precostituito per legge, ha preferito il secondo approccio – incentrato sulla struttura unitaria della rete – considerando il luogo in cui è allocato il cliente, pur considerando le difficoltà di individuare nel cyberspazio il luogo di origine dell'azione criminosa.

Dato il carattere transnazionale degli illeciti, è essenziale determinare le circostanze in cui un reato informatico può essere considerato commesso in Italia, vicenda particolarmente complessa soprattutto per i reati di natura puramente comportamentale. La competenza territoriale è il luogo in cui il reato è stato effettivamente commesso; qualora non sia individuato, la competenza spetta al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che per primo ha iscritto la notizia di reato nel registro indicato dall'art. 335 c.p.p. (Registro delle Notizie di Reato).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

La dinamica descritta afferisce sicuramente al diritto penale tradizionale pur con la diversità relativa ai reati cibernetici, poiché risulta complesso anticipare la dinamica e la tipologia di tali illeciti ed individuare i confini temporali e la connotazione spaziale del reato nel cyberspazio.

La struttura della fattispecie che si manifesta e il momento consumativo giocano un ruolo cruciale, generando molte criticità in attesa di un intervento specifico per affrontare le tematiche delineate dall'orientamento delle Sezioni Unite. In questo contesto, sarebbe auspicabile un intervento legislativo finalizzato a recepire l'evoluzione dei principi tradizionali, consentendo così di valorizzare le particolari caratteristiche che il concetto di individuazione del *locus commissi delicti* assume nei *cybercrimes*. Una recente sentenza della Cassazione del 2020[26] ha fornito l'occasione per una rilettura completa della fattispecie di reato previsto dall'art. 615 *ter* del Codice penale.

Esaminando le varie tipologie di attacchi informatici, diventa evidente come sfruttino qualsiasi vulnerabilità. L'aumento della complessità di siti *web* e il rapido sviluppo delle tecnologie contribuiscono ad accrescere il rischio di attacchi nella rete.

In conclusione, emerge chiaramente la necessità di affrontare il tema legato al terrorismo internazionale e all'abuso di Internet e mezzi informatici attraverso una normativa sovranazionale[27] integrata. Tale normativa dovrebbe derivare da una effettiva collaborazione tra gli Stati, includendo lo sviluppo e la condivisione di una cultura della *cybersecurity*.

L'equilibrio tra la tutela dell'ordine, la sicurezza pubblica e le libertà fondamentali su Internet rappresentano un obiettivo cruciale, essenziale per l'efficienza delle moderne democrazie occidentali. Delegare solo al diritto penale di derivazione europea il compito di contrastare il nuovo terrorismo contemporaneo potrebbe perpetuare un approccio simile a una vera e propria *war on terrorism*[28], portando gradualmente all'introduzione di norme eccezionali in deroga ai principi tradizionali del diritto penale.

[26] Cass., Sezione V, 2 ottobre 2002, n. 34296.

[27] V. Militello, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in «Diritto penale contemporaneo», vol. 1, 2017, pp. 3-10.

[28] A. Cavaliere, *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali,* ESI, Napoli, 2017.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Enzo Costagliola*

La conciliazione giudiziale tributaria: lineamenti evolutivi e principi sistematici

Sommario: 1. La conciliazione Tributaria dalle origini all'introduzione dell'art. 48 *bis* 1 del decreto legislativo n. 546 del 31.12.1992. – 2. Nuove prospettive alla luce della riforma apportata dal d.lgs. 220/2023. – 3. La natura dell'istituto.

1. *La conciliazione tributaria dalle origini all'introduzione dell'art. 48* bis *1 del decreto legislativo n. 546 del 31.12.1992*

La conciliazione rappresenta una forma di composizione convenzionale della lite tributaria in sede processuale, col fine deflattivo di ridurre le controversie pendenti tra Amministrazione e contribuenti. L'istituto conciliativo trova collocazione nel processo tributario a partire dal luglio 1994 con l'introduzione dell'art. 20 *bis* nel testo del D.P.R. 636/72. Tratti salienti dell'istituto sin dalla sua formulazione originaria si individuano nell'estinzione del giudizio conseguente all'accordo tra le parti, suggellato dalla redazione di un processo verbale, il quale si presenta come titolo per la riscossione delle somme dovute, oltre che alla riduzione delle sanzioni, originariamente fissata in un terzo del minimo delle somme dovute. L'art. 20 *bis* circoscriveva l'applicazione della conciliazione alle liti «non risolvibili in base a prove certe e dirette», per le quali le parti potevano proporre la conciliazione in udienza, anche il collegio ne aveva facoltà sia prima dell'udienza, sia dinnanzi la Corte d'Appello. A cavallo degli anni immediatamente successivi alla sua introduzione, il Legislatore interviene a più riprese sull'istituto modificandone la portata. Il filo conduttore

* Con la collaborazione di Giovanna Petrillo, Professore Associato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

delle modifiche è da rinvenirsi nella progressiva espunzione dei limiti di applicazione della conciliazione, i quali si rivelavano paletti inutili per la sua operatività. Orbene certamente non risolutiva, in ordine alla difficoltà di individuazione delle controversie conciliabili, risultava la novella apportata dal decreto-legge n. 630 del 16 novembre 1994. Tramite quest'ultima, infatti, veniva esclusivamente espunto il riferimento alle "prove dirette", restando intatto quello alle "prove certe" dalla altrettanto dubbia portata[1]. La conciliazione trovava una nuova collocazione sistematica nel decreto legislativo n. 546 del 31 dicembre 1992, a partire dalla legge n. 556 del 24 ottobre 1996, andando a sostituire all'art. 48 «l'esame preventivo della controversia».

La novella espungeva i riferimenti delimitativi dell'istituto relativi alle prove "certe" ed ai casi in cui risultasse applicabile l'accertamento con adesione; tuttavia, ne presentava degli altri, concernenti la non conciliabilità delle liti da rimborso, la possibilità di conciliare solo alla prima udienza del primo grado e solo per le liti non reclamabili *ex* art. 17 *bis*, d.lgs 546/92.

La progressiva corsa verso un istituto, apparso in seguito secondo parte della dottrina «senza apparenti limiti»[2], trovava un passaggio fondamentale nell'art. 9 del decreto legislativo n. 156 del 24 settembre 2015, il quale rendeva conciliabili le controversie anche in momenti successivi alla prima udienza, ed in appello, espungendo altresì il limite di alternatività con le controversie reclamabili. Veni-

[1] Riguardo alla difficoltà di individuare le controversie conciliabili, si veda: C. Consolo, C. Glendi, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Cedam, Padova, 2012.

[2] Con riferimento anche all'inscindibilità delle questioni di fatto e diritto nel processo tributario si veda: D. Stevanato, *Commento all'art. 48 (Conciliazione giudiziale),* in C. Consolo, G. Glendi (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario,* cit., p. 569 e F. Batistoni Ferrara, *Conciliazione giudiziale* (diritto tributario), in «Enc. Dir.», Milano, 1998, p. 229; di tutt'altro avviso è F. Terrusi, *La conciliazione giudiziale nel processo tributario,* in «Giur. Merito», 1998, n. 4-5, pt. 4, p. 881-881, in particolare con riferimento alla conciliabilità delle liti da rimborso; ancora P. Russo, *Indisponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in «Rass. trib.», 2008, dove si esprime perplessità sul conciliare liti aventi ad oggetto solo questioni in tema di sanzioni. Oggetto di critiche è anche la circolare con cui l'Agenzia delle Dogane esclude i tributi derivanti da risorse proprie tradizionali, vedasi M. Villani, *Critiche alle due circolari dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e dell'Agenzia delle Entrate,* in «Tribuna Finanziaria», n. 1, vol. 16, 2016, p. 4-14.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

vano così distinti l'art. 48 e l'introducendo art. 48 *bis*, con il primo attinente alla "conciliazione fuori udienza" ed il secondo alla "conciliazione in udienza". Orbene i due istituti, sin dall'introduzione circoscrivevano il ruolo del giudice ad un controllo sull'ammissibilità e la legittimità formale dell'accordo, restando escluse valutazioni di merito sull'opportunità e il contenuto dello stesso, suscitando non poche vedute contrastanti. All'uopo è, senza dubbio, interessante la sentenza n. 433, del 24 ottobre 2000 della Corte Costituzionale. La Commissione Tributaria di Firenze sollevava la questione in ordine all'incompatibilità della conciliazione con l'art. 97, in quanto gli uffici dell'A.F. proponessero l'accordo a loro insindacabile giudizio e senza motivazione, violando, dal momento che ponevano in essere inevitabili discriminazioni, contemporaneamente anche l'art. 53[3]. Il giudice rimettente assumeva la violazione dell'art. 104 della Costituzione, con delegittimazione dell'organo giudicante a funzioni di "semplice notaro"; la Corte rigettava la questione non ritenendo che l'attività giurisdizionale delle Commissioni tributarie fosse violata da influenze esterne, sottolineando che è lo stesso Legislatore a definire i limiti della cognizione riservata all'organo giudicante[4].

Continuando nell'analisi evolutiva dell'istituto, si ravvisa che, in ordine al ruolo del giudice, su ben altre prospettive si è affacciata la «conciliazione proposta dalla Corte di Giustizia Tributaria», introdotta all'art. 48 *bis* 1 dalla legge n. 130 del 31 agosto 2022. L'istituto si è chiaramente ispirato a quello di matrice processuale-civilistica di cui all'art. 185 c.p.c., fornendo la possibilità al giudice di formulare alle parti una proposta conciliativa per le controversie reclamabili, avendo riguardo all'oggetto del giudizio e all'esistenza di questioni di «facile e pronta risoluzione». Al di là delle differenze strutturali con la speculare norma processuale-civilistica (discrezionalità del

[3] Corte costituzionale, 24 ottobre 2000, n. 433. Questione rigettata poiché non inerente al dispositivo dell'ordinanza di rimessione, la quale si riferiva all'indipendenza del giudice tributario.

[4] Commissione Tributaria di Firenze, sentenza n. 313 del 1990, addotta dal rimettente a sostegno della sollevata questione, il fatto, poi, che al giudice sia attribuito un mero controllo di legittimità non pregiudica l'integrità della funzione, in ragione del ruolo che resta a lui affidato; ruolo che, essendo preordinato alla definizione del giudizio, alla quale le parti non potrebbero altrimenti pervenire, appare di decisivo rilievo e tale da riportarsi alla stessa essenza della funzione giurisdizionale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

giudice nella formulazione della proposta, mancanza del limite temporale della prima udienza, limitazione alle controversie reclamabili) è il ruolo che la norma stessa ritaglia al giudice ad apparire inadatto alle fattispecie tributarie. La formulazione di una proposta alle parti, infatti, ha insita una precognizione da parte del Giudice tale da poter far pensare ad una lesione dei canoni di imparzialità qualora la proposta venga rifiutata. La questione sull'opportunità della coincidenza tra *iudex statuitor* e *iudex mediator*[5], già sollevata dalla dottrina in sede di approvazione della speculare norma processuale-civilistica, trova probabilmente una risonanza ancora più accentuata nel processo tributario, data la presenza di una parte pubblica la cui vocazione è quella di far rispettare la norma tributaria[6].

Quanto alla formulazione del testo della norma è balzata all'occhio degli addetti ai lavori la genericità della formula con la quale si delimitano le controversie conciliabili ai sensi del 48 *bis* 1. Nel mutuare la disciplina del processo civile il Legislatore non ha probabilmente tenuto conto a pieno delle difficoltà di applicazione alla materia tributaria. Risultano pertanto complessi gli sforzi della dottrina di attribuire un significato sistematicamente coerente all'espressione che fa riferimento alle «questioni di facile e pronta soluzione»[7].

2. *Nuove prospettive alla luce della riforma apportata dal d.lgs. 220/2023*

La delega al governo per la riforma fiscale approvata definitivamente con legge n. 111 del 9 agosto 2023, ha interessato anche una revisione del processo tributario e degli strumenti deflattivi del processo. Nel quadro della novella intervenuta con decreto legislativo

[5] A. Teodoldi, Iudex statutor et Iudex mediator*: proposta conciliativa* ex *art. 185* bis *c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in «Riv. Dir. Proc.», n. 4, 2015, pp. 983-1006.

[6] Così G. Petrillo, *Il nuovo istituto della conciliazione proposta dalla Corte di Giustizia Tributaria*: *spunti di riflessione sul ruolo del giudice,* in «Riv. Dir. Trib.», 2024.

[7] Per L. Perrone, *Diritto Tributario e Corte Costituzionale,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, gli aggettivi "facile e pronta" descrivono la condizione in cui il giudice riesca a ravvisare una composizione della lite da ritenersi ragionevolmente giusta e accettabile.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

n. 220 del 2023 è possibile immaginare quali possano essere le sorti future della conciliazione nel processo tributario, a tal proposito non può passare inosservata l'abrogazione del reclamo/mediazione di cui all'art. 17 *bis* del d.lgs 546/1992. Un istituto che, sebbene nato con finalità deflattive, nella sua travagliata parentesi decennale ha costituito per la maggioranza dei procedimenti nient'altro che un aggravio, scaturente un'inutile dilazione dei termini per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Il testo del 17 *bis* prevedeva, infatti, che fosse l'ente stesso[8], il quale aveva emesso la pretesa impositiva reclamata, a decidere sulle sorti del reclamo presentato dal contribuente e dell'eventuale mediazione. La prassi ha dimostrato che difficilmente uffici contigui a quelli che hanno predisposto l'atto possano accogliere istanze di reclamo volte a neutralizzarlo, confermando una carenza di terzietà rilevante non solo dal punto di vista teorico-dottrinale[9].

È indubbio che, oltre all'abrogazione del reclamo-mediazione, provvidenziale per ridurre i tempi d'accesso alla tutela giurisdizionale, ci si aspettasse dalla riforma il delinearsi di un nuovo spazio vitale per la conciliazione nelle sue tre forme, residuando questa come unico strumento deflattivo del codice del processo tributario.

La riforma interessa l'art. 48 con l'aggiunta di un nuovo comma, il 4 *bis,* il quale estende la conciliazione fuori udienza, in quanto compatibile, alle liti pendenti dinnanzi la Corte di Cassazione.

Tale novella segue le tracce di quella che ha portato l'applicazione della definizione agevolata anche nelle liti pendenti davanti ai Giudici di legittimità, seppur con scarsi risultati in termini di risoluzioni anticipate delle liti.

Come è stato evidenziato[10], anche tale ampliamento rischia di

[8] Il comma 4 prevedeva: «Le Agenzie delle entrate, delle dogane e dei monopoli di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, provvedono all'esame del reclamo e della proposta di mediazione mediante apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili. Per gli altri enti impositori la disposizione di cui al periodo precedente si applica compatibilmente con la propria struttura organizzativa».

[9] Secondo la relazione annuale della Corte dei conti nel 2021 a fronte di otre 35.000 istanze presentate soltanto il 6,7% si è chiusa con un accordo di mediazione fra l'ufficio e il contribuente. Dato in netto calo rispetto agli anni precedenti.

[10] A. De Stefano, *Processo tributario: conciliazione anche per i giudizi pendenti in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

avere una influenza limitata sull'obiettivo di ridurre il contenzioso in Cassazione.

L'ambito tipico della conciliazione tributaria è, infatti, individuabile nelle questioni estimative, le quali tuttavia restano escluse, in quanto questioni di fatto, dal sindacato dei giudici di legittimità (con l'eccezione di cui al n. 5 del 360 c.p.c.).

Di conseguenza residuano come applicabili le controversie con ad oggetto l'aderenza o meno dell'azione impositiva alle normative tributarie, ragion per cui l'adesione alla conciliazione dovrebbe coincidere con una rinunzia all'azione proposta, circostanza tanto inusuale quanto già riferibile all'esperimento dello strumento dell'autotutela.

A questo punto l'introduzione della conciliazione in Cassazione appare più come una disposizione avente carattere programmatico e simbolico, nel senso di non escludere nessun grado di giudizio in una prospettiva di collaborazione tra amministrazione e contribuente, piuttosto che come un reale strumento utile alla riduzione del carico di controversie pendenti presso la sezione tributaria della Corte di Cassazione.

La paventata ipotesi che il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria istituisca un organo apposito, terzo rispetto alla Corte di Cassazione ed ai giudici di merito, dinnanzi al quale le parti possano incontrarsi[11], sembra, almeno per il momento, essere sfumata. Il testo della legge non contempla le modalità con cui la Suprema Corte dovrebbe procedere alla conciliazione delle liti, rendendo inevitabile il riferimento al modus operandi attivo per le controversie nei primi due gradi di giudizio.

La bozza di decreto apporta inoltre modifiche al giovane istituto della conciliazione su proposta della corte di cui all'art. 48 *bis* 1, mettendo probabilmente fine agli equivoci in ordine al suo ambito di applicazione. Il riferimento alle «questioni di facili e pronta soluzione» è

[11] Da segnalarsi: I. Cimmarusti, *Liti fiscali in Cassazione, la conciliazione taglia i ricorsi, Il Sole 24 Ore,* 2023, estratto da *https://www.ilsole24ore.com/art/liti-fiscali-cassazione-conciliazione-taglia-ricorsi-AFWKaY7*, per cui «L'istanza con la proposta conciliativa potrebbe essere presentata anche da una sola delle parti e qualora rigettata dall'altra, l'organismo potrebbe procedere a proporre un nuovo accordo. All'esito, positivo, della procedura seguirebbe il deposito in Cassazione della dichiarazione di cessazione della materia del contendere».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

stato sostituito da quello ai «precedenti giurisprudenziali». La formula precedente, come anticipato, alla novella si era prestata, data la sua genericità, a varie interpretazioni dottrinali circa la sua corretta applicazione.

Meno condivisibili invece appaiono le novelle ai commi 2 e 3 del 48 *bis* 1, in quanto potenzialmente in grado di allungare le tempistiche processuali. L'istituto già nell'originaria formulazione, sembrava tutt'altro che utile a favorire il raggiungimento dell'obiettivo della ragionevole durata del processo, che già rischiava di articolarsi in più udienze e dilatarsi nel tempo, essendo giustappunto prevista la possibilità di un rinvio a successiva udienza per il perfezionamento dell'accordo conciliativo[12]. Con la menzionata novella il quadro pare aggravarsi ulteriormente in quanto viene prevista un'apposita udienza per comunicare la proposta alle parti non comparse al comma 2, mentre al comma 3, con la locuzione «su richiesta delle parti», sembra essere ancor più prevedibile la possibilità di rinvio ad una successiva udienza per il perfezionamento dell'accordo conciliativo.

La previsione di un'ulteriore udienza cozza in maniera evidente con le esigenze deflattive e di attuazione del giusto processo, nell'ottica delle quali viene riformato il processo tributario.

Ben vero riguardo alla fattispecie contemplata dal 48 *bis* 1, sembrerebbe più opportuna la soluzione per cui la Corte possa formulare la proposta sempre prima dell'udienza, assegnando un termine perentorio alle parti per pronunciarsi sulla stessa, in linea con gli obbiettivi delineati dalla delega e dal PNRR di massimo contenimento dei tempi di definizione della controversia tributaria.

La conclusione alla quale si perviene è che la riforma fiscale, circa gli aspetti deflattivi del contenzioso, appare solo parzialmente efficace.

Al tanto invocato intervento sul reclamo-mediazione non ha fatto seguito una riforma sostanziale della conciliazione, la quale resta pressoché invariata rispetto al testo previgente.

Volendo procedersi in questo senso resta primariamente auspicabile l'istituzione di un giudice conciliatore diverso da quello a chiamato a decidere sulla controversia.

[12] Sul tema A. Salvi, *Mediazione e conciliazione nel processo tributario: le novità*, in *l'Opinione del Centro studi Rosario Livatino*, 2022, estratto da *https://opinione.it/societa/2022/11/14/angelo-salvi_riforma-tributaria-mediazione-conciliazione-controversie/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Un riferimento utile resta nelle affermazioni della dottrina in merito all'opportunità dell'istituzione nei collegi della figura del Giudice di Pace tributario, competente ad esperire un tentativo di conciliazione non più facoltativo, ma obbligatorio[13].

Quanto suggestiva, tanto profanatoria può apparire la prospettata ipotesi, già avanzata per il processo civile, di servirsi dell'IA come soggetto conciliatore anche in materia tributaria[14]. Se da un lato il ricorso all'intelligenza artificiale all'interno dell'apparato di giustizia può comportare inevitabili perplessità, dall'altro potrebbe rappresentare una soluzione per superare la natura promiscua del giudice chiamato a conciliare la lite prima di deciderla, trovando nel giudice stesso un argine invalicabile per le eventuali violazioni delle norme dell'ordinamento. Pertanto, alla luce di quanto emerso dalla riforma, è possibile affermare che il governo non ha inteso perseguire gli obiettivi di potenziamento degli strumenti deflattivi del processo, individuati dalla delega, tramite una vera e propria riforma della conciliazione.

3. *La natura dell'istituto*

Circa la natura dell'istituto conciliativo nel processo tributario, l'orientamento maggioritario, che può far capo tanto ad autorevole dottrina[15], quanto alla giurisprudenza della Suprema Corte[16], lo qua-

[13] C. Glendi, *La novissima stagione della giustizia tributaria riforma*, in «Dir. e prat. trib», 2020; sulla stessa linea la proposta del deputato Palese del 23.11.2017: «il giudice monocratico. Si può prevedere l'istituzione del giudice monocratico per tutte le controversie d'importo non superiore a 20.000 euro, al netto degli interessi e delle sanzioni, che vanno oggi a mediazione, per le cause catastali e per i giudizi di ottemperanza senza limiti di importo».

[14] A. Panariello, *Se l'algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art 185-bis c.p.c. formulata dall'intelligenza artificiale*, in «Il Diritto Processuale Civile italiano e comparato», 2021.

[15] F. Batistoni, *Conciliazione giudiziale*, in «Enc. dir.», Agg., vol. II, 1988; M. Versiglioni, *Accordo e disposizione nel diritto tributario. Contributo allo studio dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2001.

[16] Sentenze Cass., n. 4626 del 22 febbraio 2008, n. 21325 del 3 ottobre 2006, n. 92222/2007. «in tema di contenzioso tributario, la conciliazione c.d. abbreviata, prevista dall'art. 48 comma quinto, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, la quale costituisce uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie, caratterizzato dal

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

lifica come un accordo negoziale di natura transattiva, avente efficacia novativa rispetto all'obbligazione tributaria. Ne risulta un evidente conflitto col principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria sancito all'art. 23 della Costituzione, oltre che nel R.D. del 23 maggio 1924, n. 827. Tale circostanza presta il fianco alle tesi di una dottrina minoritaria, le quali muovendo dall'assunto per cui la natura transattiva della conciliazione comporterebbe rilevanti problematiche circa l'incostituzionalità dell'istituto, vi riconoscono una matrice meramente processuale, nella quale non trova spazio la novazione oggettiva dell'obbligazione tributaria[17].

Alla luce della questione si prospetta un necessario bilanciamento di istanze costituzionali, il quale pone su un piatto della bilancia i principi della capacità contributiva e di imparzialità amministrativa, su un altro piatto il principio del buon andamento. Le conclusioni a cui sono pervenuti i Giudici della Suprema Corte propendono, evidentemente, per favorire quest'ultimo, dal momento in cui il riconoscimento di una natura transattiva della conciliazione sottintende, inevitabilmente, la compressione del principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria[18]. Per altra dottrina il conflitto tra la pos-

raggiungimento di un accordo stragiudiziale sulla materia del contendere, i cui effetti si ripercuotono sulla conclusione del giudizio in corso, non deve necessariamente aver luogo prima della fissazione della data di trattazione …(*omissis*)… costituendo espressione del principio di disponibilità delle posizioni processuali e del "favor" legislativo per una soluzione conciliativa delle liti, anche in funzione della ragionevole durata del processo, essa non può ritenersi preclusa dalla circostanza che l'accordo sia stato raggiunto solo dopo alcune udienze di mero rinvio, in quanto l'interesse all'immediatezza della tutela giurisdizionale non consente al giudice d'imporre un'attività inutile e defatigante, contro l'interesse delle parti e dell'ordinamento ad una presa d'atto dell'inutilità della prosecuzione della vertenza».

[17] C. Grimaldi, *La conciliazione giudiziale non svilisce la funzione giurisdizionale dei giudici tributari*, in «Finanza & Fisco», n. 18, 2001, p. 19; F. Tesauro, *Manuale del processo tributario*, Giappichelli, Torino, 2023.

[18] Al riguardo, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/E del 19 marzo 2012 prevede che la mediazione «deve ritenersi sostanzialmente finalizzata ad evitare il rinvio ai giudici tributari delle contestazioni che possono essere risolte in sede amministrativa, attraverso un esame volto ad anticipare l'esito ragionevole atteso del giudizio, tenuto conto della situazione di fatto e di diritto sottesa a ogni singola fattispecie». Il criterio di riferimento è quindi il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione fissato dall'art. 97 della Costituzione. Analoga considerazione vale per la conciliazione, nell'ambito della quale l'Amministrazione finanziaria effettua

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sibilità di conciliare le liti col fisco e i principi di cui all'art. 53 della Costituzione si presenterebbe solo in apparenza[19].

L'atto tributario risulterebbe vincolato solo nell'*an*, con margini di discrezionalità sull'accertamento, sulla qualificazione e le caratteristiche del presupposto[20].

Tale linea trova conforto nella lettera del d.l. 564/94. Il legislatore, dettando la disciplina del potere dell'A.F. di annullamento d'ufficio o revoca «anche in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, degli atti illegittimi o infondati» delegò al Ministro l'emanazione di appositi decreti con i quali definire «i criteri di economicità sulla base dei quali si inizia o si abbandona l'attività dell'amministrazione».

La pretesa impositiva trova dunque un vincolo nella potenziale antieconomicità dell'azione dell'A.F.

L'approdo a cui si perviene è quello per cui l'obbligazione tributaria non è vincolata, di conseguenza non sussisterebbero ostacoli alla possibilità di conciliazione delle liti[21].

Tuttavia, la solidità di tale tesi deve fare i conti con la necessità di non comparare l'accordo conciliativo agli atti di disposizione negoziale *ex* art. 1964 e ss. c.c., in quanto l'adesione del contribuente va

un vero e proprio giudizio prognostico circa le possibilità di successo in sede contenziosa, tenendo conto dell'alea connessa all'instaurazione della controversia, anche in relazione alla possibilità di ottenere immediatamente il pagamento. Nel riconoscere la natura transattiva della conciliazione, l'opinione dottrinale maggioritaria ammette quindi un'attenuazione del principio di indisponibilità o una sua limitazione, giustificando una maggiore flessibilità dell'Amministrazione finanziaria al fine di definire anticipatamente la pretesa tributaria. Nell'ambito della conciliazione, deve comunque rimarcarsi come la scelta dell'amministrazione non possa prescindere dall'adozione di un criterio di legalità quale necessario percorso logico giuridico che deve essere intrapreso dall'Ufficio impositore per giungere all'accordo conciliativo. In tal modo, si sviluppa anche la portata novativa dell'istituto, con la nascita di una nuova obbligazione tributaria che sostituisce quella precedente basata sull'atto impugnato.

[19] G. Di Nardo, *Relazione sulla conciliazione tributaria*, estratto da *https://www.studiodinardo.it/conciliazione-tributaria.html*.

[20] G. Petrillo, *Il nuovo istituto della conciliazione proposta dalla Corte di Giustizia Tributaria. Spunti di riflessione sul ruolo del giudice*, Giuffrè, Milano, 2023.

[21] Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza n. 5445 del 2012. Le sezioni unite ebbero modo di chiarire che l'atto vincolato «è configurabile allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'Amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

qualificata come un concorso esterno alla formazione di un atto autoritativo, il quale si atteggia a sua volta o nelle forme dell'atto amministrativo (48) o in quelle del provvedimento dell'autorità giudiziaria (48 *bis*, 48 *bis* 1)[22].

Prescindendo, in conclusione, dalle considerazioni in dottrina, resta indubbio che le scelte legislative siano volte a far tendere l'obbligazione tributaria verso una sorta di privatizzazione delle sue forme e modalità di gestione, la cui giustificazione al cospetto dei principi costituzionali può albergare nelle varie tesi già prospettate.

Nell'ottica di una corposa deflazione dei processi tributari, ai fini della quale si auspica un più incisivo intervento del Legislatore, starà alla ormai insediatasi magistratura tributaria ed all'A.F. il compito di garantire una tenuta dell'istituto consona all'oggetto pubblicistico del processo tributario.

[22] Cfr. F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte Generale*, UTET Giuridica, Milano, 2016, pp. 366-367: «La transazione (come disciplinata dal Codice civile) è realizzata attraverso reciproche concessioni: le parti private, per mettere fine alla lite, possono disporre liberamente dei loro diritti. La conciliazione tributaria ha natura diversa da quella di diritto civile, pur avendo anch'essa la comune funzione di dirimere una lite, perché l'Amministrazione non è libera di disporre del suo diritto; può accordarsi con il contribuente, ma solo per realizzare la giusta composizione della lite. Vi è sì un accordo tra le parti, ma l'atto, che scaturisce dall'accordo, è un provvedimento amministrativo, che rettifica l'atto impugnato, con la contestuale accettazione del contribuente».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Dario Odierna

Lo sviluppo sostenibile e la *Stakeholder Theory*

Sommario: 1. La sostenibilità come leva strategica delle politiche aziendali. – 2. La teoria degli *stakeholder*. – 3. Lo *stakeholder engagement*. – 4. Creare valore condiviso: la natura sostenibile delle relazioni di mercato.

1. *La sostenibilità come leva strategica delle politiche aziendali*

In una fase storica destabilizzante come quella appena vissuta, in cui anche le basi dell'economia sono apparse fragili e precarie, le imprese sono chiamate a rivedere le proprie strategie d'azione per poter continuare a vivere all'interno di un mercato le cui regole sono in rapido divenire.

Uno dei fattori che la congiuntura economica ha minato maggiormente risulta essere proprio la fiducia nel mercato, in generale, e nelle imprese, in particolare, da parte degli *stakeholder* e della società civile nel suo complesso[1].

In uno scenario simile, dove la dimensione immateriale dei beni prodotti e delle risorse impiegate acquisisce un'importanza crescente, la necessità di assumere comportamenti socialmente responsabili, funzionali ad un nuovo modo di "fare impresa", risulta essere priorità ineludibile.

Una soluzione strategica che figura non solo come reazione plausibile alle generiche problematiche della collettività tale da ridurre i danni della catena del valore, ma si pone altresì come rimedio per

[1] Il termine *stakeholder* ha origine dagli studi sulle strategie aziendali ed è stato introdotto per la prima volta in un *memorandum* dello Stanford Research Institute del 1963. Sono definiti *stakeholder* quei gruppi senza dei quali un'organizzazione non sopravvive; cfr. G. Rusconi, *Il Bilancio Sociale d'impresa. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1988.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

selezionare ed implementare attività redditizie per l'impresa, per la società e per l'ambiente[2].

Lo scopo è di trasformare la percezione delle questioni sociali, ora considerate fonte di vantaggio per il *business* e non più un problema oneroso da risolvere, in entità di resa effettiva destinate allo sviluppo sostenibile. Un tentativo che vuole convertire problemi socialmente condivisi in benefici collettivi e d'impresa da implementare all'interno della struttura aziendale con strategie innovative e, allo stesso tempo, nel contesto competitivo di riferimento, per migliorare quanto orbita attorno al *making process* aziendale, rafforzandone la competitività e giovando all'utenza.

Se si considerano i contenuti dell'Agenda 2030 e i relativi SDGs, la preoccupazione crescente per le emissioni di gas serra, non poco lesive per la salute del pianeta, è senza dubbio un problema comune che ha obbligato molte imprese a adottare impianti innovativi per la produzione di energia, fruendo di risorse rinnovabili, il che modifica la *value proposition* dell'impresa malgrado esosi investimenti. La strategia ha dato buoni riscontri nel lungo periodo: ha moderato vistosamente il dispendio di *input* non sostenibili dannosi per l'ambiente, come le fonti energetiche tradizionali, acuendo la perizia dei sistemi aziendali di adattare l'ecosistema di riferimento alle esigenze di produzione, tutelandone, per quanto possibile, l'integrità; inoltre ha reso vivibili i luoghi circostanti, preservando chi verrà e guadagnandone in reputazione ed affidabilità.

Rispetto ad una questione sociale del genere e in una prospettiva di lungo periodo, le imprese hanno modificato il loro *modus operandi* per ridurre gli impatti negativi sull'ambiente e sul benessere collettivo, fino ad occupare una posizione dominante nel settore di riferimento, grazie al vantaggio di costo ottenuto. Sostenibilità intrisa nelle strategie di resa aziendale che avalla, di fatto, quegli interventi sociali proficui che curano il reciproco interesse, accrescono l'appeal dell'impresa e rispettano i canoni etici e produttivi che il vivere odierno impone, in una relazione promiscua tra business e società.

Solitamente la coerenza e l'affinità tra il sociale ed il *core business* sono da monito per l'impresa incline al vincolo pubblico e al dovere interno, in termini di utile e di risultato atteso: la bravura sta

[2] Cfr. G.M. Golinelli, M. Gatti, *L'impresa sistema vitale. Il governo dei rapporti intersistemici*, in «Symphonya. Emerging Issues in Management», n. 2, 2000-2001.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

nell'optare per una *value proposition* inimitabile, fedele ai valori tipici della catena del valore d'impresa, che si adegua al contesto sociale di appartenenza ed è una valida opportunità per godere del vantaggio competitivo di cui necessita l'azienda per essere longeva[3].

Ragion per cui l'impatto sociale diventa parte integrante della stessa visione strategica d'impresa: la trasparenza informativa, amplificata e perfezionata dai moderni sistemi di comunicazione, ha lambito la sensibilità degli utenti verso la tutela della salute dell'uomo e del proprio ambiente, convincendo chi vi si prodiga (imprese e portatori d'interesse) ad una proposta di valore pensata sui temi sociali come prerogativa di successo. Ne deriva un processo aggregativo, a scapito di una più prevedibile segmentazione disgregativa, che accoglie un paniere di domande instabili da elaborare con sagacia per poter affrontare i repentini cambiamenti del mercato[4].

Il *trade* diventa competitivo e quindi, con azioni non antagoniste, concorre con i produttori a definire altrettante offerte transitorie affini alle aspettative dei consumatori attivamente coinvolti. Una politica aziendale eretta su congetture di questo tipo orienta il suo *spin-off* verso una produzione che dematerializza le risorse non riciclabili, scorporandole dalla fisiologia della materia prima impiegata e riutilizzata: la crescita cospicua delle imprese avviene in ambienti sani e prosperosi; le organizzazioni, oltre a perseguire obiettivi di economicità, devono preservare il contesto sociale e naturale in cui operano, favorendo una crescita economica sostenibile che tuteli le comunità locali[5].

L'orientamento sociale delinea il *trend* operativo dell'azienda che, in rapporto al suo *output*, incide sull'indice di gradimento dei *buyer* determinandone il potere d'acquisto: la *governance* deve essere lesta nel valorizzare l'eterogeneità del mercato, di etnia e di cultura, affinché i risultati effettivi siano orientati verso la creazione di uno sviluppo compatibile a livello locale e a livello globale[6].

[3] M.E. Garbelli, *Localizzazione produttiva e dinamiche competitive*, Giappichelli, Torino, 2004.

[4] S.M. Brondoni, *Marketing Lexicon*, Cleub, Bologna, 2000.

[5] Cfr. J.A. Schumpeter, *The theory of economic development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1934.

[6] M. Molteni, *Concezioni d'impresa in competizione*, in «Impresa Progetto, Electronic Journal of Management», n. 3, 2014, pp. 1-29.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

In che modo? Proponendo magari un prodotto ecologicamente funzionale all'esigenze dell'utenza, alle disposizioni dell'azienda e ai canoni etici ambientali, concepito per massimizzare il valore delle componenti adottate, limitarne l'impatto sulla natura senza compromettere il ciclo di vita del prodotto[7].

Ragion per cui, le imprese debbono coniugare la volontà di ottenere risultati economici ambiziosi attraverso scelte sostenibili, ottemperare alle aspettative degli azionisti, ma anche valorizzare in modo consueto e sostenibile le risorse naturali, umane e sociali. In questo modo l'impresa giova di un ventaglio di opportunità da radicare all'interno della propria filosofia aziendale, che vede coinvolti, nel *planning* strategico, i maggiori azionisti e chi vi ci dedica interesse: al giorno d'oggi nessuna impresa può più fare affidamento, per incentivare il progresso, solo ed esclusivamente sul proprio *know-how* e sulle proprie risorse, ma deve adeguarle alla metamorfosi del mercato (*Dynamic Capability*) ed integrarle in funzione del fabbisogno di altri soggetti, ossia dipendenti, consumatori, concorrenti e comunità locali.

Necessità che induce l'impresa a doversi relazionare con tutti i portatori di interesse interni ed esterni, facendo leva su strategie di condivisione dei propri contenuti e delle proprie competenze come fattori virtuosi di innovazione e valorizzazione delle risorse tangibili o intangibili, sostenibili ed ecologicamente valide, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa e dalla sua allocazione in mercati globali o locali che siano.

2. *La teoria degli* stakeholder

Lo sviluppo sostenibile è diventato ormai un requisito sovente riscontrabile nelle decisioni di rito del *management* aziendale, convinzione inopinabile che deriva da un'analisi scrupolosa del volere dei sovra-sistemi di riferimento capaci di orientare il *making process* aziendale verso le loro aspettative o finalità. L'inevitabile interazione che si crea tra impresa ed ecosistema innesca un automatismo di interdipendenza duale, tale per cui le due entità co-evolvono in manie-

[7] F. Perrini, A. Tencati, Corporate Social Responsability. *Un nuovo approccio strategico alla gestione d'impresa,* Egea, Milano, 2008, pp. 30-33.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ra armonica condizionandosi a vicenda[8]. L'impresa non è un sistema chiuso, sigillato in un involucro ermetico che non interagisce con l'esterno – politica tra l'altro discutibile e confutabile – tutt'altro, dato che intrattiene relazioni di varia natura ed intensità con altre imprese, soggetti ed istituzioni.

Per creare valore ed ottenere ricchezza è inevitabile lo scambio e la combinazione delle risorse possedute; motivo per cui è indispensabile che l'organizzazione sviluppi interazioni con il contesto esterno per l'approvvigionamento delle risorse destinate al ciclo produttivo e per consolidare relazioni con il mercato di riferimento, in modo da valorizzare le proprie attività. Il disagio che un sistema aziendale potrebbe avvertire può darsi dalla probabile alterazione dell'equilibrio interno, cagionato dall'entropia estrinseca, laddove ne venisse a contatto: avere un approccio proattivo vuol dire, appunto, impostare la propria politica di produzione su metodologie e strumenti consoni, in grado di rilevare anticipatamente i problemi, le tendenze o i cambiamenti futuri, per poterne pianificare tempestivamente le azioni adeguate[9].

Una commistione di intenti che lascia presagire, empiricamente, una condotta comune alla simultanea possibilità di azione e reazione tra impresa e ambiente di riferimento, tenendo conto delle fitte interazioni tra i soggetti terzi coinvolti che, per varie ragioni, hanno interessi, vincolano o sono vincolati dalle scelte dell'impresa. In virtù di ciò, ed essendo la sostenibilità un concetto sempre più di tendenza nelle *policy* di *governance* aziendale, tra le teorie d'impresa che suggellano questa simbiosi con l'ambiente, la teoria degli *stakeholder* è la più significativa in termini di coesistenza, interessi reciproci e risultati attesi[10].

È una teoria che pone l'accento sulle dinamiche aziendali e sugli obiettivi fissati in sede di *planning*, influenti a tal punto tanto per l'*enviroment* quanto per gli interlocutori sociali coinvolti nell'*iter* produttivo[11].

[8] M. Pellicano, *L'impresa relazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

[9] R.E. Freeman, *Strategic Management. A Stakeholder Approach*, Pitman, Milano, 1984.

[10] E. Rullani, *La teoria dell'impresa: soggetti, sistemi, evoluzioni*, in M. Rispoli (a cura di), *L'impresa industriale*, Il Mulino, Bologna, 1989.

[11] Cfr. G. Rusconi, *Il bilancio sociale d'impresa. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1988.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Agli antipodi, l'origine del termine *stakeholder* discerne dal concetto di *shareholder* (azionista), che indica una categoria specifica tra le varie afferenti alla concezione di *stakeholder*; a livello semantico. Lo *stakeholder* rappresenta un soggetto o un gruppo di soggetti interessati all'attività aziendale o verso cui l'impresa stessa mostra interesse: trapela la natura biunivoca del rapporto interno – esterno tra impresa e ambiente di riferimento, incline alla sostenibilità e alla tutela *green*. Precisamente connota coloro i quali influenzano la gestione aziendale attraverso pressioni, rischi, opportunità ed altri effetti vari, sensibili di riflesso a politiche o scelte tipiche di gestione. Ragion per cui Post, nel 2002, definisce gli *stakeholder* come «all individuals and constituencies that contribute either voluntary or involuntary, to its wealth-creating capacity and activities and are therefore its potential beneficiaries and/or risk bearers»[12].

L'epilogo "[…] potenziali beneficiari e/o portatori di rischio" racchiude l'essenza dell'ideologia finora trattata, per cui va da sé che non tutti gli *stakeholder* hanno uguale influenza sui comportamenti aziendali. Date le circostanze, la *stakeholder theory* non implica l'eguale *involvement* di tutti i portatori di interesse nei processi e nelle decisioni aziendali, anzi ha l'incombenza di doverne identificare e valutare i singoli interessi leciti d'impresa, che di per sé ha in dote, verso tutti i soggetti terzi coinvolti, responsabilità etiche, filantropiche ed economiche[13].

L'impresa non è da intendersi come un'entità astratta, ma è a tutti gli effetti un'organizzazione contestualizzata inserita in una dimensione sistemica, capace di conciliare, in maniera oculata, aspetti sociali, politici, etici senza ledere la propria natura economica. In quanto sistema integrante, si prodiga al fine di consolidare la rete di relazioni tra i vari soggetti coinvolti, interni ed esterni che siano, che verosimilmente possono condizionarne il *modus operandi*.

Per un connubio proficuo, la gestione degli *stakeholder* richiede l'applicazione di metodi efficienti funzionali al coordinamento e al successo della *relationship* tra i proseliti dell'attività, che interagisco-

[12] J.E. Post, L.E. Preston, S. Sachs, *Redefining the corporation-Stakeholder Management and Organizational Wealth*, Standford Univerisity Press, CA, 2002.

[13] J. Fairbrass, *Corporate Social Responsibiliy (CSR): Models and Theories in Stakeholder Dialogue*, in «Journal of Business Ethics», vol. 83, n. 4, 2008, pp. 745-748.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

no con l'impresa in sintonia con le aspettative, talvolta divergenti, dei portatori d'interesse e del sistema aziendale. Quest'indole relazionale fa sì che l'impresa sia considerata una costellazione di interessi condivisi e allo stesso tempo conflittuali tra i vari soggetti coinvolti, le cui percezioni, avendo un forte impatto sull'andamento aziendale, vengono vagliate dal *management.* La visione strumentale reputa la gestione degli *stakeholder* una logica funzionale al raggiungimento del successo aziendale in termini di rendita sociale: qualunque sia il fine da perseguire, la gestione degli *stakeholder* deve essere un valore aggiunto e deve contribuire in maniera decisiva alle *best practices* aziendali[14]. Appunto per questo, il ruolo economico imputabile all'impresa non può essere disgiunto da quello sociale ed ambientale; l'impresa non può non considerare l'incidenza delle proprie scelte sulla società *in toto* ed anche futura. Ragion per cui la longevità di un'azienda, e quindi dell'ecosistema, si radica in un equilibrio sostanziale tra la massimizzazione del profitto, condizione di vitale importanza per l'impresa, e la distribuzione proporzionata dell'utile ottenuto, in virtù degli interessi sottesi dagli stessi *stakeholder*[15].

La teoria degli *stakeholder* intercede e si amalgama perfettamente alla *mission* aziendale, ora più lungimirante: generare profitto per sé e per gli altri significa anche preservare il valore delle istanze sociali, moderare il dispendio naturale, badare al benessere comune senza esasperarne i risultati, rispettando quanto atteso da chi vi ci nutre interesse. La risolutezza delle *corporate* aziendali consolida le relazioni di processo istituite con i portatori d'interesse: nella *stakeholder theory* culmina una vicendevole integrazione tra due approcci ibridi, quello di dipendenza e quello di influenza tra impresa e ambiente[16].

La tipologia di dipendenza sussistente tra le due entità enfatizza una subordinazione dell'organizzazione al contesto di riferimento per approvvigionamento, codice etico e normativo vigente; mentre il secondo approccio evidenzia la bravura dell'impresa di influenzarne le dinamiche. Proattività ed autopoiesi derivano contestualmente da

[14] H. Alford, *Teoria degli stakeholder e gestione strategica,* in L. Sacconi (a cura di), *Guida*, Bancaria Editrice, Roma, 2005.

[15] S. Pivato, N. Misani, A. Organini, F. Perrini, *Economia e gestione delle imprese*, Egea, Milano, 2008.

[16] *Ibidem.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

quest'ultima tendenza: avere possesso nonché piena consapevolezza del profilo generale d'appartenenza significa essere capaci di adeguarlo in funzione del proprio *status quo* e del potenziale posseduto.

Perciò l'impresa necessita di un impegno costante ed esplicito nei confronti degli *stakeholder*, che valica eventuali obblighi normativi: il tutto centellinato da relazioni armoniche con l'ambiente circostante e con i soggetti ad esso afferenti, che ne elevano i livelli di reputazione, agevolando la creazione di valore e di profitto[17]. La *stakeholder theory* può considerarsi come "*a genuine theory though a perfectible one*"[18], perché autentica nei contenuti, auspicabile nei propositi, perfezionabile da strategie collaborative ed integrative, secondo una prospettiva evoluzionistica in cui, per effetto di rapporti cooperativi, vale una logica di tipo "*win-win*", provvidenziale per i suoi interpreti di rilievo.

3. *Lo* stakeholder engagement

La *stakeholder theory* si oppone al modello più convenzionale *input-output* che concepisce l'impresa come una mera attività economica, che trasforma *input* di varia natura resi da investitori, dipendenti, fornitori, in *output* destinati all'utenza. La teoria degli *stakeholder* definisce l'impresa considerandone, invece, l'aspetto transazionale, e quindi competitivo, che coinvolge un numero cospicuo di individui interessati espressamente alla rendita effettiva. Il ventaglio di azionisti presenti nel *network* aziendale ha ispirato la genesi di strategie collaborative e strategie puramente competitive, poi diventate cardini dell'*engagement*, e da intendersi come un aggregato di forme di collaborazione basate sulla fiducia che sovvenzionano capitale sociale[19].

[17] L'immagine di un'impresa con una buona reputazione socio-ecologica è essenziale per stabilire rapporti di fedeltà tra i consumatori, i lavoratori, gli azionisti e l'organizzazione; per ulteriori approfondimenti cfr. J.J. Lambin, *Changing Market Relationships in the Internet Age*, UCL Press Universitaires De Louvain, Louvaine la Neuve, 2008.

[18] F. Lépineux, *Stakeholder Theory, Society and Social Cohesion*, in «Corporate Governance», n. 5, 2005, pp. 1-23.

[19] S. Sciarelli, *Etica e Responsabilità Sociale nell'Impresa*, Giuffrè, Milano, 2007.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'approccio sostenibile al *business* è diventato un elemento indispensabile per l'*increase* di ogni tipologia di impresa: integrarlo agli *asset* aziendali creando valore condiviso significa realizzare una nuova logica di sviluppo che coinvolge l'intero capitale di impresa, lenisce i rischi imprenditoriali, agevola le novità tecnologiche fronteggiando la concorrenza e sopperisce alla carenza di risorse. Nel concreto, vuol dire avviare un sistema virtuoso di informazione e di consapevolezza tale per cui gli *stakeholder* e l'ambiente esterno siano stimolati, di per sé, a migliorare il loro processo decisionale ed il loro *modus operandi,* determinanti per l'impresa e per la società. Ragion per cui il dialogo e la partecipazione attiva di tutti i portatori d'interesse interni ed esterni al sistema aziendale, ovverosia dipendenti, fornitori, clienti, azionisti, collettività, modulano l'integrazione della sostenibilità e delle innovazioni nei processi aziendali, in grado di rispondere ad un bisogno reale, creare un impatto sociale concreto che giovi all'impresa in termini di vantaggio competitivo. Non appena ascolto attivo ed inclusione degli *stakeholder* si integrano nelle strategie aziendali, aspettative condivise e necessità reciproche ispirano soluzioni collaborative che facilitano il conseguimento di obiettivi in termini di sviluppo sostenibile, innovazione di prodotto o servizi ed evoluzione dei processi, consolidando la fiducia lungo l'intera catena del valore.

L'*hub* operativo che sorge diventa veicolo di progresso, grazie al flusso perpetuo di informazioni e alle novità tecnologiche del momento, che includono l'*engagement* nei processi decisionali strategici al punto da costituire un'importante risorsa, fonte di innovazione e di nuove collaborazioni. In quanto condivisione, le varie figure aziendali, riconoscendone l'efficacia, iniziano ad utilizzare lo *stakeholder engagement* come principio d'identificazione e gestione del rischio, rispondendo direttamente ad eventuali perplessità che aleggiano intorno all'esercizio esecutivo da parte di tutti gli *stakeholder*. In che modo? Ricorrendo a dei comprovati piani di intervento, proficui in termini sociali, ambientali oltre che di prevenzione dei rischi che biasimano la negligenza degli interpreti, lesiva per l'impresa con inesorabili ripercussioni sulla competitività.

La reputazione di un'impresa deriva da un processo allocativo dei propri *target* nelle mappe concettuali e da un oggettivo senso di responsabilità dell'impresa; fattori che non dipendono soltanto dal grado

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di soddisfazione dei clienti, ma da riscontri tangibili e congeniali a tutte le istanze espresse, in maniera diretta o indiretta, da chi vi ci gravita attorno, in virtù dell'operato complessivo dell'azienda. Allenare una corretta comunicazione è l'ideale per sviluppare una *value proposition* vincente, di alto profilo e realmente coerente con le aspettative generali: un'azienda che fa dell'attenzione al contesto ambientale e sociale un *diktat* di buona condotta operativa non può prescindere dai vividi principi dell'*engagement*, senza però trascurare la difficoltà che potrebbe creare la forte disomogeneità dei vari soggetti coinvolti, ottemperata dalla disponibilità di strumenti di comunicazione pluridirezionale. Si evince una coesione di intenti dove vige uno *standard* di processo in cui la qualità delle relazioni e l'esperienza diretta influenzano l'allineamento tra promesse (*value proposition*), aspettative, azioni e fabbisogno[20].

L'eventuale dissenso potrebbe avere un impatto economico diretto, tale da compromettere l'efficienza del servizio, oppure indiretto, pregiudicando la reputazione dell'organizzazione. La chiave di volta sta nella reale coesistenza tra *stakeholder engagement* e sostenibilità, due approcci integrati ed in grande sintonia, sorretti da tre principi fondamentali:

- inclusività: parametro che favorisce il coinvolgimento assiduo degli *stakeholder* per l'intera durata dell'attività, per poi elaborare una risposta coerente e strategicamente valida alle sfide dello sviluppo sostenibile;
- rilevanza: esalta la versatilità dell'impresa e dei suoi *stakeholder*, rispettando i canoni di pertinenza e di significatività di un piano d'azione;
- rispondenza: indice che misura il grado di incidenza degli eventi sugli *stakeholder*, attraverso decisioni, azioni, comunicazioni dirette ed efficaci.

Lo stacanovismo di un'azienda devota al pensare e all'agire sostenibile denota un notevole senso di responsabilità verso il contesto di riferimento: gestire e persino definirlo, misura l'ambizione del *management* costretto a dover sviluppare soluzioni collaborative ai problemi di sistema, facendo leva sulla trasparenza esecutiva, sulla tempestività d'intervento e sulla fiducia intrinseca, requisiti fondamentali che consentono all'azienda di condividere le proprie conoscenze, la-

[20] Global Sustinability Standards Board, *GRI 101, Principi di rendicontazione 2016*, in *globalreporting.org*, 2018, reperibile su: *https://www.globalreporting.org/standards/media/2121/italian-gri-101-foundation-2016.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

vorando sinergicamente. L'impegno profuso dall'azienda verso la sostenibilità è integrale al punto da doverne individuare gli aspetti più rilevanti per sé e gli *stakeholder*. A fronte di un piano strategico propizio e di un risultato conforme alle attese, è necessario anteporre delle priorità aziendali su cui far leva per essere efficienti in una prospettiva di lungo periodo. Uno studio condotto dalla *Global Reporting Initiative*[21] ha rivelato l'importanza che assume l'*engagement* nel panorama aziendale nazionale, come valido ausilio di processo:

- l'83% delle imprese che integrano la sostenibilità nelle strategie aziendali ha dato priorità alla logica di coinvolgimento degli *stakeholder*, che figura come uno *standard* predominante tra le iniziative di sostenibilità realizzate con più frequenza[22];
- il 19% delle aziende italiane ha scelto di attivare lo *stakeholder engagement* tra le iniziative di *planning* come prerogativa di sviluppo e di integrazione della sostenibilità;
- 26 tra le prime 40 aziende in Italia (per liquidità del titolo e livello di capitalizzazione) adottano pratiche di *stakeholder engagement*[23];
- il 53% delle aziende rendiconta le proprie *performance* sociali e ambientali, mentre nel 74% dei casi si realizza anche un *report* che definisce l'entità e la qualità dei rapporti;
- in Europa l'82% delle imprese intervistate da *Brunswick Insight* considera fondamentale il coinvolgimento degli *stakeholder* per il successo della propria organizzazione, mentre il 55% lo ritiene indispensabile.

L'80% di esse, invece, elogia l'acume del *senior management* di un'impresa nel dare il giusto valore all'*engagement* attivo degli *stakeholder*.

La comprensione e la piena implementazione di un modello di *business* sostenibile espongono le aziende ad un inevitabile cambiamento di prospettiva, solerte nei metodi perché si avvale di strumenti strategici di notevole impatto per realizzare un lavoro certosino, fatto

[21] Global Sustinability Standards Board, *GRI 101*, cit.

[22] Fondazione Sodalitas, *Dallo Stakeholder Engagement alla Multi-stakeholder Strategy: I principali risultati della ricerca*, in *Sodalitas.it,* 2015, estratto da: *https://www.sodalitas.it/conoscere/ricerche/dallo-stakeholder-engagement-alla-multi-stakeholder-strategy*.

[23] Gruppo HERA, *Bilancio di sostenibilità,* in *gruppohera.it*, 2023, reperibile su: *https://www.gruppohera.it/gruppo/sostenibilita*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di azioni ed obiettivi funzionali ai propositi di sviluppo. La matrice di materialità è una delle *best practice* di cui l'azienda si serve per pianificare in maniera proficua la propria attività, capitalizzando il fabbisogno economico complessivo e preservando la sostenibilità.

Praticamente consiste in una rappresentazione visuale che misura il livello di rilevanza delle tematiche sostenibili professate dall'azienda con quelle ritenute fondamentali dagli *stakeholder*, per selezionare una priorità di ambiti (sociale, ambientale, economica) in cui intervenire. Verosimilmente sarà quindi più logico ideare, progettare e implementare iniziative che diano valore ed equilibrio condiviso all'azienda e ai vari *stakeholder*, diventandone una delle massime espressioni dello sviluppo sostenibile, ed offrendo una valida opportunità per censire i temi maggiormente rilevanti sui quali pianificare le future attività di sostenibilità, come illustra la figura sottostante[24].

In effetti lo *stakeholder engagement* rappresenta un primo *driver* convenzionato verso una graduale trasformazione strategica orientata a dei modelli di *governance* aziendale più inclusivi e consapevoli. Il che non è un'assoluzione dai propri doveri, bensì richiede ancor di più la capacità di instaurare relazioni comunicative interattive che stimolino l'ascolto, in virtù delle aspettative e delle esigenze dei diversi portatori d'interesse. La soluzione è far leva su relazioni condivise che, se radicate, rappresentano risorse tangibili e strumenti validi per rivedere le strategie già in atto od impostarne di nuove. Di riflesso si innesca un processo di apprendimento organizzativo reciproco che nutre un rapporto di fiducia incondizionata tra impresa e *stakeholder* tale da favorire lo sviluppo sostenibile, preservando i canoni di economicità, e creare valore condiviso, sintomo di longevità.

4. *Creare valore condiviso: la natura sostenibile delle relazioni di mercato*

Nell'era dove l'impatto dell'uomo sulla terra è sempre più radicale ed ostinato, è necessario curare il buon senso delle cose senza esasperarne l'autoreferenzialità, il cui eccesso potrebbe ledere l'integrità

[24] L. Mion, *Il principio di materialità nei* report *di sostenibilità: confronto tra IR, AA1000 e GRI*, Università Ca' Foscari, Venezia, 2013.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

sociale, etica ed economica globale diretta ad un'evoluzione cosciente di tendenza come quella attuale.

«Unire le menti per salvare il futuro del pianeta» è l'essenza di un ideale moderno che reputa i principi di sostenibilità parte integrante delle pratiche sociali e del benessere comune, in cui di fatti convogliano gli obiettivi fissati dall'Agenda 2030 con i relativi SDGs, le collaborazioni in itinere degli interpreti, l'archetipo di un tessuto sociale esigente ma sensibile al *green*. Fedeltà, inclusività, responsabilità sono alcuni aspetti che rendono granitico, ma non invalicabile, questo rapporto: al giorno d'oggi le aziende stanno modificando il proprio DNA per rincorrere l'avanguardia, il che legittima l'importanza di creare relazioni proficue tra aziende e tra aziende ed istituzioni attive sul mercato[25].

I gravi rischi ai quali è esposta l'umanità non devono essere un deterrente o inibire il *modus operandi* dell'azienda; piuttosto devono incentivare la trasformazione dei modelli di *governance* vagliando le attese della *business community* e la proposta di valore condiviso offerto dall'azienda. Attese che non vengono soddisfatte esclusivamente attraverso un *cashflow* o da pure transazioni di natura economica, ma diventano effetto di un mercato dei valori morali, organizzativi e culturali, peculiare per l'adozione di politiche sostenibili. La logica di interscambio che si attiva plasma un sistema di produzione e di consumo orientato al breve periodo, impostato sull'idea arcaica di un'inesauribile disponibilità di risorse; il che ispira una *policy* di gestione che implementa i *task* di resa efficiente alla responsabilità sociale d'impresa. Si profila "un commercio di esperienze" che evidenzia i benefici associati al ricorso di determinati valori morali, organizzativi, culturali prolifici per una maggiore coesione sociale ed una migliore convivenza tra etica ed economia.

In virtù di ciò Marco Senatore, direttore del Fondo monetario internazionale (FMI), con la sua opera "*Exchanging Autonomy. Inner Motivations As Resources for Tackling the Crises of Our Times*"[26] ha

[25] A. Cossu, *Generare valore con un efficace* stakeholder relationship management, in *cegeka.com*, 2019, reperibile su: *https://www.cegeka.com/it/solutions/dynamics365/risorse/blog/generare-valore-con-un-efficace-stakeholder-relationship-management*.

[26] J.L. Fernández, *Marco Senatore (2014).* Exchanging autonomy. Inner motivations as resources for tackling the crises of our times, in «Revista De La Derecho», 2016, pp. 274-276.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

legittimato l'importanza di vivere e proliferare in un contesto simile, supponendo l'esistenza di un mercato dei valori tale per cui individui, imprese e comunità locali possono scambiare documenti riferiti ad esperienze tangibili e all'*utility* che ne deriva se si applica un certo valore morale, organizzativo o culturale. Tra le righe annovera valori come l'ambientalismo, la propensione all'innovazione, la giustizia sociale e l'inclusione delle minoranze, uno naturale conseguenza dell'altro ove mai constatati.

Una proposta concreta in cui le esperienze, che costituiscono il *corpus* dei documenti vagliati, verrebbero certificate in base a dei vincoli quantitativi fissati per legge, ossia una soglia minima di tolleranza o di incentivo riferiti, per esempio, ad un incremento in percentuale delle aree boschive (ambientalismo), ad un *budget* minimo di investimento in tecnologie a zero emissioni (per le comunità locali), ad un margine ridotto delle emissioni di CO_2 (per le imprese). Domanda e offerta andrebbero a determinare il prezzo delle esperienze riferite a ciascun valore, mentre il prezzo di ogni documento sarebbe proporzionale al novero di esperienze contenute. Un effetto domino tale per cui individui, imprese e comunità locali gioverebbero di un incentivo economico nel caso adoperino valori che relegano dall'impegno ordinario assunto nella società: il vantaggio si trae dalla possibilità di *reselling* di un determinato documento ad un prezzo maggiorato del valore delle nuove esperienze acquisite e di un relativo incremento della domanda attesa. Non esistono vincoli di scambio, riferiti magari a valori differenti, piuttosto si allevia in termini di efficienza il *gap* tra beni/servizi resi e beni/servizi attesi: negoziare un documento significa predisporre un quadro previsionale dei benefici offerti dal valore di riferimento, di cui, soltanto dopo l'acquisto, se ne attesta la resa misurando l'entità effettiva dei vantaggi specifici offerti. La conoscenza reciproca aiuta a corroborare la percezione della reputazione e dell'immagine diretta nel mercato di riferimento, aspetto topico per rinvigorire un'economia di rete già attiva di per sé, consacrare relazioni ed evitare di perdere di vista i fini di tutela ambientale per cui l'azienda si adopera.

Concepire l'essenza di un'esperienza significa avere ben chiara la propria identità, la propria funzione, il proprio ruolo sociale, tutte prerogative che consentono di acquisire un criterio logico di scelta dei valori su cui lavorare e di ciascun indicatore quantitativo che ne

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

valida l'applicazione. Un'osmosi a tutti gli effetti che sottintende oggettivi riscontri di convenienza tra imprese, tra imprese e utenti e tra imprese-utenti-ambiente: si genera una compravendita di *know-how*, di metodi, di strumenti, di soluzioni inesplorate che ottimizzano le fasi di *planning* e di *performance* di ognuno, sperimentando i benefici legati al novero di esperienze, beni o servizi scambiati. Per intendersi, laddove un'impresa A ceda ad un'impresa B un documento riferito all'ambientalismo in cui certifica investimenti in mezzi agricoli 4.0 ed i relativi benefici in termini di produzione sostenibile, l'impresa B potrebbe concedere beni o servizi, oppure un documento affine all'innovazione in cui certifica l'utilità di automatizzare gli *standard* di processo ottimizzando l'impiego di capitale. Rendita oggettiva che consentirebbe all'impresa B di sperimentare nuove soluzioni di produzione ecosostenibile già collaudate, annotandole nel documento relativo all'ambientalismo prima di cederlo ad un individuo C.

In termini di incidenza, il valore "ambientalismo" figurerebbe come la risultante delle esperienze aggiunte, di volta in volta, da chi lo ha scambiato; il documento offerto in origine dall'impresa A verrà, quindi, rifinito degli *input* e delle novità recepite, il che consolida la *relationship* di sistema tra i vari interpreti del mercato[27].

In una dimensione simile, i valori equivarrebbero in maniera formale al capitale effettivo, presagio di collaborazione spontanea ed inclusiva tra le parti, il cui prezzo deriverebbe da due condizioni, ovverosia da un'aspettativa a livello individuale relativa alla libera scelta di esperienze da realizzare, e un'aspettativa a livello sociale riferita al grado di importanza conferito dalla collettività a determinate esperienze. In maniera risoluta l'ambientalismo offrirebbe dei validi benefici, suggestionanti per assumere con criterio scelte sostenibili:

- imprese, individui e comunità locali possono scegliere arbitrariamente quale attività sostenibile implementare tra quelle preventivate;
- gli *standard* di mercato consentono un'assidua circolazione di espe-

[27] M. Senatore, *Un mercato dei valori morali, organizzativi e culturali come possibile strumento per la sostenibilità*, in *asvis.it*, 2019, estratto da: *https://asvis.it/gruppo-cultura-per-lo-sviluppo-sostenibile-approfondimenti/1030-4083/un-mercato-dei-valori-morali-organizzativi-e-culturali-come-possibile-strumento-per-la-sostenibilita#*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

rienze attendibili in futuro per chiunque voglia ispirarsene in maniera disinteressata;
- il sistema di base improntato darebbe modo di scambiare l'ambientalismo con altri valori ad esso correlati o perlomeno capaci di produrre un impatto sociale positivo.

Le Nazioni Unite hanno individuato nella crescita economica, nella tutela dell'ambiente, nella pace e nell'inclusione sociale, i capisaldi dello sviluppo sostenibile; perciò, un mercato dei valori, essendo vettore di correlazione, di autonomia individuale, di convivio tra economia ed etica, può fornire un contributo notevole in tema di sostenibilità.

"Consumo e produzione responsabile" rappresenta l'obiettivo di sostenibilità condiviso che meglio configura l'ambientalismo come valore intrinseco di un interesse comune che vede coinvolti indistintamente famiglie, imprese, Stati, superando una visione autocratica e circoscritta del proprio ruolo nella società contemporanea[28]. Sovente i colossi aziendali si prodigano per abbattere la distopia ed invertire un *trend* quasi prevaricante, tipico del consumismo: adesso la fine di un prodotto può essere l'origine di un altro senza comprometterne la qualità e la *performance*; l'intenzione è di creare prodotti in armonia con la natura per contribuire ad un avvenire più sostenibile.

[28] Organizzazione delle Nazioni Unite, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile,* Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale, 21 ottobre 2015, estratto da: *https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf*.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Edoardo Trotta

Quali alternative? La questione di fiducia alla luce dell'operato degli organi di garanzia e della responsabilità politica

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il ruolo degli organi di garanzia: il Presidente della Repubblica. – 3. La Corte costituzionale. – 4. Il nodo della responsabilità politica. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Si cercherà, nel corso del presente lavoro, di esplorare percorsi volti alla limitazione dei reiterati abusi della questione di fiducia ad opera della compagine governativa, alternativi rispetto a quelli aventi ad oggetto riforme, seppur necessarie, dei Regolamenti parlamentari e della Legge fondamentale.

Sarà, dapprima, esaminato il contributo che gli organi costituzionali, in particolare il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, sono in grado di offrire, al fine di porre un freno all'uso improprio dello strumento fiduciario, che abbinato alla prassi dei maxi-emendamenti, principalmente in sede di conversione in legge di un decreto-legge, genera non poche frizioni con il dettato della Carta costituzionale.

Inoltre, occorrerà soffermarsi sul tema riguardante la responsabilità politica, in quanto essa assume un'importanza tale da poter risultare la chiave in grado di aprire le porte della legittimità costituzionale e chiudere, o quantomeno socchiudere, quelle relative alla problematica prassi di cui sopra, con l'obiettivo di ricondurre la questione di fiducia sui binari costituzionali, ripristinandone l'originaria natura.

2. *Il ruolo degli organi di garanzia: il Presidente della Repubblica*

Occorre, dunque, soffermarsi sul ruolo, più o meno incisivo, che gli organi di garanzia sono in condizione di svolgere nell'ambito del

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

procedimento di formazione delle leggi, al fine di limitare le pratiche abusive di cui le forze politiche si avvalgono in maniera sempre più frequente.

Prima di affrontare il tema relativo ai possibili spiragli risolutivi lasciati aperti dalla Consulta, di cui si tratterà successivamente, è opportuno porre l'attenzione sui poteri propri del Presidente della Repubblica. Tra questi, è possibile ricomprendere non solo quelli formali espressamente previsti dal testo costituzionale[1], ma anche quelli informali, che nella sostanza si estrinsecano nel cosiddetto «potere di persuasione»[2].

Per quanto riguarda i primi, particolare interesse è rivolto al potere di rinvio delle leggi al Parlamento *ex* articolo 74 della Costituzione, diretto a favorire una più attenta e costituzionalmente conforme valutazione del testo legislativo ad opera delle Camere. Tuttavia, tale potere si presenta di natura provvisoria, dal momento che in caso di riapprovazione da parte delle Assemblee anche del medesimo disegno di legge, sul Capo di Stato grava l'obbligo della successiva promulgazione di quest'ultimo[3]. Il rinvio presidenziale, dunque, si inserisce all'interno della dimensione di garante della Costituzione della più alta carica dello Stato e più volte è stato oggetto di riflessioni, dirette a conferire maggiore efficacia all'esercizio delle attività di controllo del Presidente della Repubblica. *In primis*, preme ricordare l'idea contenuta nella riforma Renzi-Boschi, la quale, in sede di conversione in legge di un decreto-legge, proponeva di dilatare di trenta giorni il termine per la conversione, qualora il Capo dello Stato avesse avuto intenzione di esercitare il proprio potere di rinvio alle Camere del testo *ex* art. 77 Cost. Poiché nell'ambito di tale procedimento legislativo,

[1] Costituzione, art. 73, 87 e ss.

[2] Corte costituzionale, 15 gennaio 2013, n. 1, paragrafo 8 del considerato in diritto, in cui si afferma che tale potere è «composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato».

[3] Cfr. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 274. Qui si sottolinea come in seguito alla riapprovazione del testo di legge, «il Presidente della Repubblica non può differire ancora la promulgazione, ma deve inviare la legge al ministro guardasigilli entro i 30 giorni successivi, affinché venga pubblicata sulla "Gazzetta Ufficiale"».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

il rinvio presidenziale è in grado di incidere significativamente sulla conversione o meno del decreto-legge, in quanto un riesame ad opera del Parlamento verrebbe ultimato inevitabilmente dopo la scadenza del termine di sessanta giorni, attraverso tale proposta di riforma si sarebbe sottratto il Presidente della Repubblica dall'imbarazzo di negare la conversione dell'intero decreto, che molto spesso lo induce a soprassedere e a promulgare la legge di conversione, assicurando così al Governo l'immissione definitiva del proprio provvedimento all'interno dell'ordinamento giuridico. Di contro, però, la funzione di controllo attribuita al Capo di Stato avrebbe perso tutta la sua efficacia, e la forza di deterrenza e di persuasione avrebbe subito un pesante contraccolpo[4].

In secundis, si ritiene interessante, qui, sottolineare la proposta di un rinvio "parziale" in sede di conversione di un decreto-legge, nei confronti della quale sono state mosse non poche critiche. Difatti, essa, da una parte, sembrerebbe entrare in contrasto con il principio relativo all'unitarietà della promulgazione e dell'intero procedimento legislativo. Dall'altra, permetterebbe al Presidente della Repubblica di condizionare pesantemente la funzione legislativa, la cui titolarità spetta esclusivamente al corpo assembleare e di intervenire nella direzione dell'indirizzo politico. Tuttavia, nel caso in cui si prenda in considerazione la specialità del procedimento di conversione, è possibile avanzare valutazioni favorevoli in merito a tale proposta. Invero, il potere di rinvio parziale, limitato alle leggi di conversione dei decreti, non sarebbe esercitato a favore del Governo, bensì garantirebbe le prerogative parlamentari dall'abuso perpetrato dall'organo esecutivo attraverso l'incessante ricorso alle corsie preferenziali[5].

Per quanto riguarda, invece, la seconda tipologia di poteri presidenziali, ovvero quelli informali, essi vengono oggi esercitati in misura nettamente maggiore. La *moral suasion*, che la Corte costituzionale ha definito «il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana»[6], rientra nella dimensione moderatrice del Capo dello Stato

[4] Cfr. L. Spadacini, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci Editore, Bari, 2022, p. 332 ss.

[5] *Ibidem*.

[6] Corte cost. n. 1/2013.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

ed assume un valore tanto importante, quanto più è in grado di mediare e conciliare i rapporti tra i vari organi costituzionali. Non sono mancati, difatti, soprattutto nel corso degli ultimi anni, interventi dei Presidenti della Repubblica diretti a denunciare le gravi violazioni dal punto di vista della correttezza costituzionale, operate in particolare dal binomio maxi-emendamento – questione di fiducia[7]. Tuttavia, tali messaggi presidenziali, volti a dissuadere le forze politiche dall'uso spropositato di simili congegni parlamentari, non sono riusciti nell'intento di produrre effetti significativi, dal momento che il numero di questioni di fiducia poste su macro-emendamenti è andato crescendo in misura consistente legislatura dopo legislatura.

Pertanto, il Presidente della Repubblica, quale organo garante dell'ordine costituzionale, non sembra in grado di assicurare quantomeno una riduzione delle problematiche invalse nella prassi parlamentare, in quanto alto si manifesterebbe il rischio di intromissione in questioni politiche, non pertinenti al ruolo da esso ricoperto.

3. *La Corte costituzionale*

Preme, ora, esaminare il ruolo della Corte costituzionale e la sua attività in qualità di organo di controllo esterno sul giusto procedimento legislativo. Il cammino della Consulta, in relazione alla sindacabilità sulle violazioni operate ai danni delle prerogative parlamentari sancite dalla Costituzione, si caratterizza per non poche contraddizioni emerse nel corso degli anni. Uno degli ultimi tasselli, nonché finora il più rilevante, di tale percorso è rappresentato dall'ordinanza n. 17 del 2019, la quale ha generato non poche speranze in merito a futuri interventi della Corte in grado di ricondurre la prassi dei maxi-emendamenti, su cui viene generalmente posta la questione di fiducia, nell'alveo della Carta costituzionale.

Invero, tale pronuncia della Corte ha segnato un radicale stravolgimento del proprio orientamento rispetto a quello accolto con la discussa sentenza n. 391 del 1995, la quale, pur non affrontando di-

[7] Cfr. M. Ruotolo, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, 2021, p. 576 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

rettamente il tema dei macro-emendamenti, sanciva la "specialità" dei procedimenti di conversione in legge dei decreti-legge e di quelli riguardanti la questione di fiducia posta dal Governo, in deroga alle disposizioni del secondo comma dell'art. 72 Cost[8]. Per di più, quest'ultima sentenza superava il precedente indirizzo emerso in quella del 1959, attribuendo particolare valore alle disposizioni regolamentari, considerate idonee ad escludere violazioni del dettato costituzionale. Tale atteggiamento incoraggiò, conseguentemente, la diffusione della pratica abusiva della questione di fiducia e dei maxi-emendamenti in sede di conversione in legge dei decreti-legge, in quanto la Corte, facendo leva sul principio degli *interna corporis acta*, sostenne l'intangibilità e l'insindacabilità delle norme dei Regolamenti parlamentari poste a disciplina di tale procedimento. Invero, la Consulta ritenne che un simile *iter* legislativo non precludesse all'organo rappresentativo la possibilità di decidere consapevolmente sulle modifiche intervenute con la presentazione e votazione dei macro-emendamenti.

Successivamente, le sentenze n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008 segnarono i primi passi verso «l'implicito, ma chiarissimo *revirement*»[9] della sent. n. 391/1995, poi compiutamente realizzato dall'ordinanza del 2019. Difatti, esse, facendo leva sul criterio dell'omogeneità, posero il principio secondo cui le disposizioni delle leggi di conversione, ritenute eterogenee rispetto al testo del decreto-legge, erano da dichiarare incostituzionali. Non bisogna, inoltre, dimenticare la sentenza n. 22 del 2012, la quale ha prodotto un ulteriore passo in avanti in relazione alle conclusioni a cui giunsero le sentenze prima citate, introducendo nella verifica sulla sussistenza dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza l'ulteriore requisito dell'"evidente estraneità" rispetto alla materia del decreto-legge. Una pronuncia, quest'ultima, che, tra l'altro, ha operato un importante richiamo alle

[8] Corte costituzionale 20-26 luglio 1995, n. 391, in cui si riteneva legittima la sussistenza di procedimenti, quali quello di conversione dei decreti-legge *ex* art. 77 Cost. e quello concernente la fiducia posta dall'Esecutivo, disciplinati dai Regolamenti parlamentari, in deroga al procedimento ordinario e ai principi sanciti dall'art. 72 Cost., in particolare l'approvazione articolo per articolo del disegno di legge.

[9] Cfr. N. Lupo, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 1, 2019, p. 15, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

«statuizioni emerse dalla sent. n. 9 del 1959», le quali «sembravano aver subito una *deminutio*»[10] a causa del giudizio espresso nella sentenza del 1995 e i cui principi di fondo sono stati in seguito ripresi dall'ordinanza del 2019[11].

Dopo aver brevemente riepilogato i passaggi più significativi della giurisprudenza costituzionale sul tema di cui si discute, si ritiene, ora, opportuno soffermarsi sulle conseguenze derivanti dalla deliberazione dell'ordinanza in commento e sui suoi elementi principali, per comprenderne il reale contributo ai fini del superamento dell'uso distorsivo della questione di fiducia, abbinata allo strumento dei maxi-emendamenti[12].

L'*occasio litis* su cui la Corte costituzionale ha basato le proprie determinazioni riguardava il procedimento di approvazione in Senato del disegno di legge di bilancio 2019, approvato mediante posizione della fiducia su di un macro-emendamento governativo, interamente sostitutivo del testo originario. La Consulta si è, dunque, pronunciata sul ricorso presentato da Andrea Marcucci e altri trentasei senatori appartenenti al gruppo parlamentare del Partito democratico, dichiarando, tuttavia, l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni da loro sollevato[13]. Le ragioni di tale decisione risiedono in considera-

[10] Cfr. I.G. Veltri, *Decretazione d'urgenza, maxi-emendamenti e questione di fiducia: profili di costituzionalità di una consolidata ma problematica prassi*, in «Forum di quaderni costituzionali», p. 21.

[11] Corte costituzionale 16 febbraio 2012, n. 22, punto 4.2. del considerato in diritto, in cui la Consulta fa espresso riferimento alla sentenza del 1959, affermando che la Costituzione «disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari. Il rispetto delle norme costituzionali […] è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati, come questa Corte ha già affermato a partire dalla sentenza n. 9 del 1959».

[12] Per ulteriori approfondimenti, cfr. R. Manfrellotti, *"Quindici uomini sulla cassa del morto": questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2019, disponibile *online* all'indirizzo *file:///C:/Users/avena/OneDrive/Desktop/manfrellotti%2015%20uomini%20sulla%20cassa%20del%20morto.pdf*. Cfr., inoltre, C.F. Ferrajoli, *Un declino senza cambiamento*, *Il Parlamento italiano tra la XVII e la XVIII Legislatura*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2019, p. 85 ss., disponibile *online* all'indirizzo *file:///C:/Users/avena/OneDrive/Desktop/C.%20F.%20Ferrajoli/Ferrajoli%20un%20declino%20senza%20cambiamento.pdf*.

[13] Cfr. N. Lupo, *op. cit.*, p. 7, in cui l'autore afferma che il punto centrale del ricorso presentato dai senatori del PD non riguarda propriamente la prassi della questione di fiducia sui maxi-emendamenti, bensì il fatto «che non vi sia stato il tempo materiale perché i senatori conoscessero il testo del maxiemendamento che si accingevano a votare».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

zioni tanto di tipo processuale, quanto di natura prettamente politica, quest'ultime effettuate alla luce di un bilanciamento tra i diritti dei parlamentari e le urgenze dello Stato in ambito economico-finanziario. Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha «fissato […] piuttosto in alto l'asticella quanto alla sussistenza del profilo oggettivo»[14], circoscrivendo il suo sindacato «ai vizi che determinino violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari» e che siano rilevabili «nella loro evidenza già in sede di sommaria delibazione»[15]. Ciò al fine di evitare possibili intromissioni nei rapporti tra gli organi politici e discostarsi dalla funzione di garanzia costituzionale che le è propria. Dunque, la Corte, nonostante la sussistenza, nel caso in esame, di gravi violazioni delle prerogative parlamentari[16], ha ritenuto di esercitare molta cautela, sostenendo l'assenza di una violazione del procedimento legislativo, tale da giustificare un suo deciso intervento. D'altronde, è interessante, qui, rilevare la difficoltà nel delimitare il perimetro delle "violazioni manifeste" entro cui ricomprendere quelle perpetrate verso i diritti dei parlamentari. Perimetro che si dimostra alquanto ristretto, come è possibile evincere dalle ordinanze del 2019, n. 274 e n. 275, seguite a quella in esame, nelle quali si ravvisa una forte resistenza ad opera della Corte nell'accogliere le doglianze di deputati e senatori, nonostante il conflitto si presenti di «evidente tono costituzionale»[17].

Riguardo, invece, al secondo aspetto, la dichiarazione di inammissibilità resa dalla Consulta si spiega con le difficoltà affrontate dal Governo di allora nel trovare un accordo con gli organi dell'Unione euro-

[14] *Ivi*, p. 13.

[15] Corte costituzionale, ordinanza 2019, n. 17, punto 3.5 del considerato in diritto, in cui si sostiene che «non è sufficiente che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l'iter legislativo, bensì è necessario che alleghi e comprovi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente».

[16] Tra questi, l'esercizio del libero mandato *ex* art. 67 Cost., il diritto di esprimere opinioni e voti in sede di discussione e di deliberazione, il potere di iniziativa legislativa *ex* art. 71 Cost., in cui viene ricompreso anche il potere di presentare emendamenti.

[17] Cfr. E. La Fauci, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?*, in «Osservatorio costituzionale Rivista AIC», n. 4, 2021, p. 155 ss., disponibile *online* all'indirizzo *file:///C:/Users/avena/OneDrive/Desktop/La%20Fauci%20ordinanza%2017%20del%202019.pdf*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

pea in materia di bilancio. Difatti, una pronuncia favorevole al ricorso e diretta a dichiarare la sussistenza delle violazioni dei diritti dei singoli parlamentari, avrebbe senz'altro condotto la Corte ad invalidare gli atti prodotti nell'ambito dell'*iter* di approvazione della legge finanziaria, mettendo in serio pericolo la tenuta politica ed economica del Paese. Per tale motivo, la Corte, in seguito ad un attento bilanciamento degli interessi in gioco[18], ha optato per una soluzione moderata, che, ciononostante, non ha escluso la possibilità, in presenza di diverse situazioni, di sindacare l'incostituzionalità di simili compressioni costituzionali[19].

Ad ogni modo, sebbene parte della dottrina ritenga l'ordinanza del 2019 un'occasione sprecata, in quanto «avrebbe potuto rappresentare un'ottima opportunità per colpire la prassi dei maxiemendamenti, sancendone il contrasto con l'art. 72, primo comma, Cost. […] e fors'anche, per sviluppare ulteriormente il sindacato in sede di conflitto di attribuzioni sulle vicende parlamentari»[20], è doveroso evidenziarne i punti maggiormente innovativi e gli aspetti, in prospettiva, in grado di dare slancio a futuri interventi della Corte, diretti a sancire l'incompatibilità costituzionale delle problematiche prassi parlamentari in questione. Occorre, primariamente, prestare particolare attenzione alla valenza monitoria propria dell'ord. n. 17/2019, la quale pone in risalto il peso specifico dell'organo rappresentativo, sottolineando come «il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale». Il Parlamento, dunque, a detta della Corte, deve essere «inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche […] che si

[18] *Ivi*, p. 151 ss. Qui l'autore afferma che «se è vero che il principio di equilibrio di bilancio non può essere considerato quale meta-principio in grado di giustificare qualsiasi violazione di diritti […] è altresì vero che la Corte […] non può esimersi dall'operare un contemperamento degli interessi in gioco al fine di evitare che uno di tali principi prevalga irragionevolmente».

[19] Corte cost., ord. n. 17/2019, punto 4.5 del considerato in diritto, in cui la Corte sostiene che «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti». Cfr., inoltre, E. La Fauci, *op. cit.*, p. 155, la quale sottolinea come tale «clausola di sicurezza […] sembra lasciare aperto a nuovi sviluppi (ancorché controversi e non di facile previsione) il dialogo costituzionale fra poteri».

[20] Cfr. N. Lupo, *op. cit.*, p. 7.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa». Allo stesso tempo, la Consulta pone l'accento sul rispetto dei principi sanciti dagli articoli 70 e 72 della Costituzione, che «sono volti a consentire a tutte le forze politiche […] di collaborare *cognita causa* alla formazione del testo, specie nella fase in commissione, attraverso la discussione, la proposta di testi alternativi e di emendamenti»[21].

In secondo luogo, tra gli elementi più significativi della pronuncia in esame, si rinviene la legittimazione dei singoli parlamentari di ricorrere davanti alla Corte costituzionale per sollevare conflitto di attribuzione. Deputati e senatori, dunque, dopo che per lungo tempo la Consulta ha loro negato tale facoltà, senza mai, tuttavia, escluderla del tutto, rifiutandola solo in relazione a specifiche fattispecie, vengono per la prima volta riconosciuti come poteri dello Stato[22]. Invero, la Corte configura, con tale ordinanza, i singoli parlamentari come «poteri a sé stanti, idonei a essere parti nei conflitti di attribuzione», dal momento che essi esercitano, in maniera autonoma e indipendente, «un complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto», le quali compongono il loro "status costituzionale", attraverso il quale esprimono «una volontà in sé stessa definitiva e conclusa»[23]. Dunque, una considerevole svolta che, nonostante si dimostri insufficiente a garantire effettiva tutela alle prerogative dei rappresentanti delle Camere, rappresenta un primo importante passo verso il giudizio di incostituzionalità del *tandem* fiducia-maxi-emendamenti, in grado di assicurare il rispetto dei principi costituzionali inerenti al corretto procedimento legislativo.

Nonostante tali argomentazioni siano pienamente condivisibili, è pur vero che il controllo della Corte costituzionale sul legittimo procedimento legislativo risulti essere poco penetrante, così come

[21] Corte cost. ord. n. 17/2019, punto 4.1 del considerato in diritto.

[22] Cfr. N. Lupo, *op. cit.*, p. 9 ss., il quale sottolinea come la Corte abbia invece «negato in forma categorica l'ammissibilità di un ricorso di minoranze parlamentari», lasciando per il futuro aperta una strada per quelli presentati dai gruppi parlamentari; cfr. anche E. La Fauci, *op. cit.*, p. 151 ss., la quale sostiene che «se si considera l'alveo dei diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti ai singoli parlamentari, non riconoscere a questi ultimi il potere di rivolgersi alla Consulta a tutela delle proprie attribuzioni non sembra essere conforme alla Carta fondamentale».

[23] Corte cost., ord. n. 17/2019, punto 3.3 del considerato in diritto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dimostrato un anno più tardi, in seguito alla deliberazione dell'ordinanza del 2020, n. 60. Anche in tale occasione, infatti, alcuni deputati denunciarono l'annullamento delle proprie prerogative in sede di approvazione della legge di bilancio, ricorrendo dinanzi alla Corte senza, però, riscontrare alcun successo, in quanto essa ritenne «non prospettata un'evidente violazione delle attribuzioni costituzionali del parlamentare», impedendo «al giudizio di accedere alla fase di merito»[24], ampliando, così, i confini della dialettica parlamentare. Anche quest'ultima ordinanza, di conseguenza, è stata reputata un'occasione mancata per restituire all'organo Parlamento un ruolo centrale nelle dinamiche costituzionali e nelle scelte più rilevanti di natura politica.

Ad ogni modo, alla luce dell'analisi appena condotta, preme constatare come la Corte costituzionale incontri non pochi ostacoli nel sindacare l'incostituzionalità dei procedimenti legislativi affetti da vizi procedurali, giacché l'*iter* di formazione delle leggi si caratterizza per la presenza di un alto grado di politicità, dacché le «scelte politiche» vengono prese da «organi anch'essi politici, quali sono le Camere»[25]. Pertanto, un simile giudizio potrebbe verificarsi esclusivamente in presenza di casi limite in cui venga colpito il cuore delle norme costituzionali che presiedono al corretto svolgimento della procedura parlamentare e che tutelano i principali diritti dei membri delle Assemblee legislative[26]. Se, dunque, da una parte è sacrosanto rispettare l'autonomia delle Camere, in quanto organi posti al centro degli equilibri costituzionali, da cui scaturiscono le norme regolamentari disciplinanti l'attività parlamentare, dall'altra, la Corte, così come il Presidente della Repubblica, è chiamata ad intervenire nel momento

[24] Cfr. S. Leone, *Un Parlamento per metà, tra critica e proposte*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2023, p. 342, la quale ritiene che tale obliterazione delle prerogative parlamentari sia la cartina di tornasole «di un preoccupante e patologico slittamento di un già allarmante bicameralismo di facciata a un illegittimo monocameralismo di fatto».

[25] Cfr. S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 142.

[26] Cfr. M. Ruotolo, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, 2021, p. 589. Qui l'Autore sostiene che «il problema si pone […] quando la violazione interessi direttamente le disposizioni costituzionali che riguardano il procedimento di produzione delle fonti primarie (artt. 70, 71, 72, 73, 76, 77 Cost.)».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

in cui «l'autogaranzia non funziona, allorché le regole del contraddittorio, del dialogo, siano palesemente alterate»[27].

Tuttavia, malgrado negli ultimi anni non siano mancate occasioni per assumere una posizione più decisa in relazione alle molteplici alterazioni in esame, si registrano resistenze da parte della Consulta nel prendere decisioni che in qualche modo possano toccare e minare l'indipendenza delle Camere. Per tale motivo, la strada dei controlli esterni sembrerebbe impraticabile e senza sbocchi. Ciononostante, risulterebbe illogico abbandonare tale prospettiva, relegandola a mera utopia, soprattutto in seguito al severo monito lanciato dalla Corte con l'ordinanza n. 17/2019. È, dunque, auspicabile che la Consulta agisca con maggiore coraggio, qualora accertasse la diretta violazione dei principi sanciti dal dettato costituzionale: una condotta che, lungi dal trasformare l'organo di garanzia in *deus ex machina*, potrebbe dare avvio ad un lungo, nonché tortuoso, processo, volto alla risoluzione delle pratiche abusive di natura parlamentare e realizzabile attraverso una riforma strutturale dell'intero sistema costituzionale.

4. *Il nodo della responsabilità politica*

L'ultimo nodo che occorre sciogliere in questa sede è quello riguardante la responsabilità della classe politica, in relazione ai continui abusi perpetrati nei confronti dei singoli parlamentari e più in generale, nei confronti dell'intera istituzione rappresentativa. Si ritiene, però, interessante soffermarsi, previamente, sullo sfondo davanti al quale si delinea tale intricata questione, rappresentato dal rapporto intercorrente tra diritto e politica[28].

Due sfere indissolubilmente legate tra loro, per cui risulta im-

[27] *Ivi*, p. 588.

[28] Per maggiori approfondimenti sul concetto di politica e sul suo legame con la sfera giuridica, cfr. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, in M. Bovero (a cura di), Einaudi, Torino, 2009, p. 101 ss., in particolare p. 161 ss., in cui l'autore evidenzia come il rapporto tra politica e diritto sia «un problema molto complesso di interdipendenza reciproca», in quanto «l'azione politica si esplica attraverso il diritto, e […] il diritto delimita e disciplina l'azione politica». Inoltre, cfr. C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, in G. Miglio, P. Schiera (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2013, in cui egli spiega il concetto di "politico".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

pensabile proporre delle soluzioni al fine di risolvere i temi più controversi della vita parlamentare, facendo leva su una soltanto di esse. Invero, se, da un lato, le norme giuridiche possono essere paragonate a delle «armi scariche»[29], in assenza dell'approvazione della classe politica, dall'altro, la politica necessita degli strumenti giuridici per poter esercitare in pieno i propri poteri. Inoltre, in termini di riforme del quadro istituzionale, mentre, per un verso, il diritto non appare in grado di assicurare una certa stabilità della cornice parlamentare, per l'altro, la classe dirigente sembra inidonea a garantire modifiche degli assetti costituzionali senza l'apporto delle fonti normative[30].

È interessante, qui, notare come l'attenzione dedicata all'ambito del diritto sia prevalente rispetto a quella indirizzata verso l'azione politica, dal momento che la ricerca di possibili soluzioni ai problemi sopra evidenziati avviene in misura maggiore attraverso strumenti e meccanismi di natura giuridica. Al contrario, la sfera politica appare generalmente posta su di un piano secondario, come se venisse considerata in balia di eventi da essa non controllabili. Tuttavia, sembra possibile affermare che la classe politica giochi un ruolo primario nella diffusione di pratiche parlamentari di dubbia legittimità costituzionale, in quanto deputati e senatori figurano quali attori protagonisti dei continui abusi che si consumano all'interno dell'organo rappresentativo. Pertanto, il tema della responsabilità politica si pone inevitabilmente al centro del dibattito inerente alla strumentalizzazione della questione di fiducia posta su maxi-emendamenti, specialmente in sede di conversione di decreti-legge. Risuonano, a tal proposito, proverbiali le parole espresse nella seconda metà del secolo scorso dal repubblicano Ugo La Malfa[31], secondo il qua-

[29] Cfr. V. Lippolis, *La riforma del regolamento della Camera dei deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo*, in «Il Filangieri», Quaderno 2007, p. 24.

[30] Cfr. S. Curreri, *Riforme regolamentari e futuro del Parlamento*, in «Quaderni costituzionali», n. 4, 2008, p. 776, secondo il quale politica e diritto sono legati da un rapporto di «reciproca influenza, per cui se da un lato nulla possono le regole se non accettate dalla politica, dall'altro è pur vero che le regole possono sia contrastare, anziché assecondare, taluni guasti prodotti dalla politica, sia svolgere una funzione maieutica incentivando processi virtuosi». Inoltre, l'autore sottolinea come «il potere politico, se non adeguatamente regolamentato, è portato per sua naturale vocazione a piegare le regole ai propri interessi».

[31] Segretario del Partito repubblicano (1965-75), già deputato dal 1946 e ministro dei Trasporti, del Commercio estero, Bilancio e Tesoro.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

le «sono le forze politiche che creano gli ordinamenti e sono esse che le possono fare bene o male funzionare, se bene o male ne interpretano lo spirito e il significato». La politica, dunque, permea la vita istituzionale, oggetto privilegiato della sua azione, formando con essa un *unicum* inscindibile e determinandone i caratteri principali[32].

Parte della dottrina si mostra alquanto scettica nel ritenere realizzabile una «auto-riforma» della classe politica[33]. Invero, tanto le forze di maggioranza, quanto quelle di opposizione traggono non pochi vantaggi dalla posizione della fiducia ai fini dell'approvazione di un determinato provvedimento: le prime, per una serie di utilità, tra cui il ricompattamento della maggioranza, la finalità anti ostruzionistica dell'istituto in esame, senza dimenticare la possibilità, per i partiti minori della coalizione di governo, di giustificare, davanti ai propri *stakeholders*, decisioni prese dall'Esecutivo in contrasto con gli interessi e gli obiettivi annunciati in campagna elettorale. Le opposizioni, invece, sono in grado di sfruttare l'istituto in esame come strumento di propaganda antigovernativa, evitando di «assumersi qualsivoglia responsabilità nella formazione di un testo legislativo "approvato a colpi di fiducia" anche nei casi […] in cui il maxi-emendamento raccolga proposte emendative di cui si sono fatte portatrici»[34], per poi servirsene, in modo opportunistico, una volta occupate le posizioni di potere.

Cionondimeno, se si intende porre un freno a tali forzature del sistema istituzionale, occorrerebbe un diverso modo di agire politico delle forze che siedono in Parlamento, che segni un decisivo riavvicinamento della pratica parlamentare al testo della Legge fondamentale. E ciò sarebbe concretizzabile esclusivamente attraverso un netto cambio di passo da parte della classe politica in termini di responsabilità nell'azione parlamentare[35].

[32] Cfr. U. La Malfa, *Difendiamo la Costituzione*, in Giovanni Spadolini (a cura di), Edizioni della Voce, Roma, 1981, p. 21.

[33] Cfr. N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 2, 2019, p. 8, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.osservatoriosullefonti.it*, dove l'autore afferma che «l'iniziativa per un riavvicinamento della prassi alla Costituzione ben difficilmente potrà derivare da un *motu proprio* delle forze politiche».

[34] Cfr. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, cit., p. 253, quadro 8.13.

[35] È di questo avviso N. Lupo, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 8, il quale mette in luce la necessità di «avvicinare la prassi alla Costituzione, innescando […]

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

La politica affronta, oggi, una crisi talmente profonda, sia in termini di rappresentatività, che di specifiche competenze, da favorire sempre più l'espansione di alterazioni del quadro costituzionale. Tali distorsioni, come ad esempio l'abuso della questione di fiducia e la stabilizzazione di un monocameralismo di fatto, finiscono per colpire irrimediabilmente l'originaria funzione legislativa delle Camere, relegate così a meri luoghi di ratifica di decisioni prese altrove. Sotto questo profilo, diventa, allora, prioritario un atto di responsabilità da parte del ceto politico-parlamentare, che accantoni definitivamente gli esclusivi interessi di partito e volga, invece, lo sguardo verso il concreto rispetto del dettato costituzionale, al fine di ridurre nell'ambito di una sfera fisiologica le reiterate violazioni compiute ai danni del Parlamento.

5. *Considerazioni conclusive*

Il lavoro consente, dunque, di sottolineare come l'operato degli organi di garanzia costituzionale sembri offrire alcuni spiragli verso il superamento delle pratiche parlamentari prima evidenziate, lesive delle principali prerogative dell'organo rappresentativo. Tuttavia, occorre tenere in debita considerazione i rischi di politicizzazione che deriverebbero da un loro più deciso e coraggioso intervento, specialmente ad opera della Consulta, compromettendone il ruolo di garanzia degli equilibri costituzionali. Per tali ragioni, una simile prospettiva appare poco percorribile singolarmente, rendendosi indispensabile una migliore razionalizzazione degli assetti costituzionali vigenti ed un profondo mutamento dell'agire politico, al fine di garantire il rispetto del dettato costituzionale e attribuire nuova centralità all'organo Parlamento.

processi che facciano rientrare almeno le "forzature" più evidenti nell'alveo della carta costituzionale». Allo stesso modo L. Spadacini, *op. cit.*, p. 335 ss. sostiene che «non si tratta […] di immaginare una soluzione sul piano tecnico-normativo che faccia affidamento su qualche "miracolosa" riformulazione delle disposizioni costituzionali o regolamentari disapplicate, che […] sono già sufficientemente chiare nel loro contenuto». E più avanti afferma che «la chiave di volta per la soluzione delle anomalie» parlamentari «si trova nel recupero della normatività di quelle disposizioni costituzionali oggi disapplicate».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Riccardo Volpe

Il sistema del diritto penale nell'Italia fascista

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il diritto penale nell'età del fascismo: la difesa dello Stato. – 3. La legislazione razziale del regime. – 4. Il codice Rocco. – 5. Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. – 6. Note conclusive.

1. *Introduzione*

L'esperienza totalitaria del fascismo ha rappresentato un momento di cesura nella storia d'Italia, con grandi cambiamenti e riflessi sulla stagione successiva.

Il regime, infatti, nella sua opera di fascistizzazione dello Stato e della società, cercò di intaccare in ogni suo nerbo i fondamenti del vivere civile, utilizzando soprattutto il diritto penale, che rappresentò lo strumento principe per reprimere le sacche di resistenza. L'area del penale, infatti, rappresenta un indicatore affidabile della qualità costituzionale degli ordinamenti giuridici, in quanto conformato alla natura dello Stato che lo esprime[1]. Quindi, l'uso dello strumento penale da parte del regime fascista rappresentò un punto nodale del suo sviluppo, sia in materia di politica criminale che per le proprie strategie repressive volte ad esercitare e riaffermare il proprio potere, ma anche, e soprattutto, un mezzo per veicolare nel corpo sociale la propria ideologia[2]. Così, appare chiaro il ruolo centrale che ebbe, sin dalla presa del potere, la questione dello scontro politico, con la realizzazione

[1] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 28, 1999, p. 823.

[2] L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli, Roma-Bari, 2015, p. XIV.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di un progetto legislativo ideologicamente coerente con tale assunto[3]. Infatti, emersero delle linee ideologiche che trovarono la loro fonte negli anni dello squadrismo[4]. In particolare, l'area del penalmente rilevante doveva essere separata dalla tradizione moderna che la voleva modellata sulle esigenze della convivenza civile e doveva essere strumentalizzata, diventando un'arma nelle mani dello Stato. Il criminale era assimilato al nemico e il nemico associato al criminale e, infine, quasi come per realizzare i precedenti, il diritto penale era visto come dispositivo inderogabile per la realizzazione pratica del programma politico del partito o del pensiero del duce[5]. Così, su tali basi, una volta preso il potere, emerse, oltre all'impiego della violenza illegale, anche l'uso politico, sia difensivo che offensivo, del dispositivo penale, concretizzatosi nell'amnistia del dicembre 1922, «quasi il coronamento, in un provvedimento legale, della 'dottrina del combattimento' che aveva guidato il movimento fascista negli anni dello scontro»[6].

Detto ciò, risulta fondamentale analizzare il diritto penale del fascismo non solo da una prospettiva strettamente legislativa, ma anche dal punto di vista della concreta attuazione dello stesso attraverso l'attività di amministrazione della giustizia.

2. *Il diritto penale nell'età del fascismo: la difesa dello Stato*

Fondamentale chiave di lettura dell'esperienza del regime è la sua produzione normativa, poiché la politica penale del fascismo, e il suo programma di politica criminale, pur iniziando con le leggi speciali del 1925-26, proseguì con la codificazione del 1930 e si completò con le leggi razziali antiebraiche del '38 fino ad arrivare alla legge sull'ordinamento giudiziario del 1941[7]. In particolare, si è soliti far decorrere

[3] M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa,* Laterza, Roma, 2008, p. 198.

[4] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, *cit*., p. 820 ss.

[5] *Ibidem.*

[6] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta*, *cit*., p. 819

[7] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860 1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia di Italia. Annali 14. Legge, diritto e giustizia,* Einaudi, Torino, 1998, p. 533.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'avvio della politica criminale fascista dalla legge 2008 del novembre 1926, recante Provvedimenti per la difesa dello Stato[8], tuttavia non bisogna dimenticare, il precedente r.d. n. 1848, il Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza, che consentiva al Prefetto di intervenire, ove ne ravvisasse la necessità, per garantire l'ordine con un ampio ventaglio di misure[9]. In ogni caso, la legge 2008, che aveva offerto al regime l'opportunità di un primo robusto intervento su diritti e libertà, giunse come risposta al fallito attentato di Anteo Zamboni ai danni di Mussolini. Tramite questa legge venne reintrodotta nel sistema la pena capitale[10] e per giudicare i delitti politici venne istituito un organo giurisdizionale *ad hoc*, il Tribunale per la difesa dello Stato[11]. Dunque, si trattò di una legge che evocava quasi un'atmosfera di guerra, segnando un ritorno all'epoca della giustizia politica, che rispondeva al sacrilegio della *laesae maiestatis* con le soluzioni sommarie e riduttive[12]. Riapparirono, così, la mera *cogitatio* ed il crimen *obtrectrationis*, la morte civile, con la confisca di tutti i beni e con la perdita della cittadinanza, irrogate attraverso le decisioni di un tribunale gestito dal Ministero della guerra, che, presieduto da un generale, adottò regole del tempo di guerra, non essendo le sue sentenze soggette a ricorso, né ad altro mezzo di impugnativa[13]. Quanto alle pene previste per gli oppositori, è evidente lo straordinario stravolgimento rispetto al diritto comune, dettato dal modello sanzionatorio di annientamento totale e senza riserve del nemico[14].

Inoltre, nel 1931 il medesimo strumentario si ritrova nella modifica del Testo Unico di pubblica sicurezza, caratterizzato dalla genericità delle condotte punite nella costruzione delle fattispecie, prevedendo la misura dell'ammonizione per le persone designate come pericolo-

[8] Sull'importanza delle riforme del 1926 cfr. M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.*, p. 198, ove queste ultime vengono definite «fondative» del sistema del progetto del regime circa il diritto penale.

[9] E. De Cristofaro, *Legalità e pericolosità la penalistica nazifascista. La dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 48, 2019, p. 1046.

[10] *Ivi*, p. 1044.

[11] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.*, p. 198.

[12] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta*, *cit*., pp. 833-834.

[13] *Ivi*, p. 834.

[14] *Ibidem.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

se socialmente o per gli ordinamenti dello Stato, irrogando, invece, il confino per coloro che svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività sovversiva o un'attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali[15]. In tal modo, l'ordinamento poté agire, da un lato, richiamando con un avvertimento a rientrare della vita ordinata e della rispettabilità all'ordine quanti si mostravano socialmente indisciplinati e recalcitranti, mentre, dall'altro, isolava i soggetti più indocili trasferendoli in luoghi remoti in presenza di atteggiamenti non altrimenti correggibili[16]. La legge fornì al regime uno strumento repressivo d'eccezione che, altamente flessibile nella varietà di situazioni capaci di abbracciare, tradusse «i termini politici ed etici del patto cui lo Stato fascista ritiene di dover vincolare i cittadini»[17].

Quindi, risultano chiare le idee di fondo, che rappresentarono il nerbo del diritto penale fascista, tra cui la tutela dell'ordine nell'ambito familiare e sociale, dell'economia corporativa e l'intolleranza per l'oppositore[18]. Tutto ciò, poi, in una cornice di aggravamento delle pene, ove evidente risaltava non solo l'aumento della pressione totalitaria, ma anche l'inclinazione fascista al dominio sugli individui, sulle formazioni sociali e sull'intero ordinamento[19]. Tuttavia, cardine del sistema fu la difesa dello Stato, sancendo, di fatto, la sacralità della Nazione[20], sancita dalla previsione dei delitti contro la personalità dello Stato e contro la personalità interna dello stesso, tutelati attraverso il concetto indeterminato di vilipendio[21]. Quest'ultimo, apparentemente consistente in tutta una serie di forme di reato o di irriverenze, risultava totalmente incerto dal punto di vista legale sia

[15] E. De Cristofaro, *op. cit.*, pp. 1046-1047.
[16] *Ivi*, p. 1047.
[17] *Ivi.*, p. 1048.
[18] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.,* p. 199.
[19] M. Sbriccoli, *Caratteri originari, cit.*, p. 523.
[20] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.,* p. 199.
[21] L. Lacchè (a cura di)*, op. cit.*, pp. 62-63 Infatti, viene sottolineato dagli Autori, che il concetto di vilipendio non nasce come invenzione del regime fascista, essendo già previsto dal codice Zanardelli. Sul punto cfr. G. Marconi, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 146, ove si evidenzia che il ruolo di tali fattispecie criminose nel codice Zanardelli era sia reprimere tutelare le istituzioni fondamentali dell'ordinamento liberale, che dotare queste ultime di uno *status* morale speciale, anche se costruito artificialmente, che le protegge dl trauma del dissenso.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

nei suoi scopi che nel suo significato[22]. Inoltre, l'importanza assegnata a tali fattispecie risultava certificata dalla collocazione all'inizio della parte speciale, ma anche dalle dure pene previste[23].

Per cui lo Stato, in quanto detentore del potere e considerato come dotato di personalità, doveva essere protetto ad ogni costo[24]. Così, in tale contesto, era necessario che lo Stato fosse temuto attraverso la strumentalizzazione della repressione penale, definendo, altresì, degli spazi di libertà concessi, valutando, quindi, la compatibilità delle azioni dei propri cittadini rispetto ad essi[25].

4. *La legislazione razziale del regime*

Non va trascurato un altro aspetto, che qualificò non solo l'esperienza fascista, ma anche, in generale, tutte le esperienze totalitarie, ovvero l'inclinazione alla vessazione dell'avversario e al disprezzo per coloro che erano considerati inferiori per condizioni sociali, per condotta e, soprattutto, per razza[26]. Per cui, è evidente che vennero assorbiti e fatti operare come criteri di giustizia tutta una serie di paradigmi, quali l'ineguaglianza e il disprezzo per le diversità, che vennero poi diffusi nel corpo sociale attraverso l'ideologia[27]. In tale contesto, si arrivò a sancire tali presupposti in un'organica legislazione razziale.

Dunque, prima di trattare le leggi antiebraiche del 1938, è necessario dare conto della legislazione razziale in ambito coloniale, che, in certo senso, fu prodromica rispetto all'elaborazione delle leggi successive, poiché venne a costituire lo strumentario logico-concettuale, di cui, poi, si servì il regime[28]. In primo luogo, va ricordato che una

[22] G. Neppi Modona, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 36, 2007, p. 933.

[23] G. Marconi, *op. cit.*, p. 186.

[24] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 64.

[25] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.,* p. 198.

[26] M. Sbriccoli, *Caratteri originari*, *cit.*, p. 533.

[27] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.,* p. 200.

[28] C. Nardocci, *Dall'invenzione della razza alle leggi della vergogna: lo sguardo del diritto costituzionale*, in «Italian Review of Legal History», n. 14, 2019, p. 485, disponibile *online* all'indirizzo *https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/article/view/12657/12206*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

prima dimensione del razzismo è legata strutturalmente ad ogni storia coloniale, rappresentandone la giustificazione, che fu individuata, anche nel caso del colonialismo italiano, ideologicamente nella presunta inferiorità delle popolazioni soggiogate rispetto ai parametri superiori rappresentati dai canoni europei o occidentali[29]. Dunque, anche nell'esperienza italiana, ci fu un massiccio ricorso alla violenza, sino allo sterminio e ad atti genocidari, che accompagnò, sia nel periodo liberale che in quello fascista, tutto il colonialismo italiano[30]. Inoltre, fondamentale per la dimensione coloniale, fu la diffusione nella società del razzismo, che risultò elemento cardine per giustificare le prime parziali forme di istituzionalizzazione delle discriminazioni, rappresentate dai trattamenti differenziati nella scuola, nella sanità, nel lavoro e nell'organizzazione del tempo libero[31]. Tuttavia, fu nel 1936, con il fascismo, che, sulla scorta dell'esperienza coloniale italiana, venne emanata una legislazione organicamente ed esplicitamente razzista[32]. Tuttavia, il regime andò oltre il modello inziale, poiché volle sostituire al razzismo dei primi cinquant'anni di colonie, considerato non più efficiente, un razzismo istituzionale e rigidamente separatista[33]. Dunque, vari furono gli interventi legislativi[34], tra cui emblematico risultò il regio decreto legislativo 19 aprile 1937, n. 880, Sanzioni per i rapporti d'indole coniugale tra cittadini e sudditi, con il quale veniva sanzionato penalmente, con la reclusione da 1 a 5 anni, il cittadino italiano che avesse intrattenuto «una relazione di indole coniugale con persona suddita»[35].

[29] G. Gabrielli, *Il razzismo coloniale italiano tra leggi e società*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 33-34, 2004/2005, p. 344.

[30] *Ivi*, pp. 345-346. L'Autore, infatti, ricorda alcuni esempi efferati di ricorso alla violenza durante il periodo liberale, cioè le rappresaglie indiscriminate, la deportazione di migliaia di cittadini di Tripoli durante la conquista della Libia, la politica di repressione e le esecuzioni sommarie operate dall'autorità militare durante il primo colonialismo in Eritrea.

[31] *Ivi*, pp. 347-348.

[32] *Ivi*, p. 348. L'Autore sottolinea, quindi, che «la codificazione della separazione e dell'inferiorità fu un fenomeno non esclusivamente fascista, ma che anche il colonialismo liberale percorse quando circostanze ambientali e di contesto lo consigliavano per la gestione funzionale del dominio».

[33] G. Gabrielli, *op. cit.*, p. 350.

[34] Per un quadro sui vari interventi legislativi si veda C. Nardocci, *op. cit.,* p. 486 ss.

[35] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.,* p. 255.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per quanto riguarda, poi, la legislazione antiebraica, quest'ultima prese avvio in Italia nel 1938, preparata da una imponente opera di propaganda e di preparazione dell'opinione pubblica. Per quanto attiene alla legislazione antiebraica, occorre muovere dal Manifesto degli scienziati razzisti, a cui si riconduce l'origine dell'ideologia che avrebbe in seguito trovato pieno inveramento nel *corpus* normativo adottato dal Governo fascista tra i mesi di settembre e di novembre del 1938. Si intervenne con il regio decreto 1728, rubricato Provvedimenti per la difesa della razza italiana, convertito nella legge 5 gennaio del '39 numero 274, che segnò la tappa fondamentale della prima fase della legislazione antiebraica. Inoltre, venne vietata l'iscrizione al Pnf ai cittadini di razza ebraica e vennero congedati tutti i graduati dell'esercito, nel '39, poi, tra febbraio e marzo, vennero specificate le limitazioni sulle proprietà immobiliari e attività industriali degli ebrei, arrivando a vietare o limitare l'esercizio di alcune categorie professionali. Molte, comunque, furono le norme antiebraiche, che continuarono ad essere emanate anche nell'esperienza successiva della Repubblica sociale italiana[36]. Tuttavia, tra le norme, si segnalò il Codice civile del regime, che all'articolo 1 dispose che «le limitazioni della capacità civile derivante dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite con leggi speciali», stabilendo una previsione di limitazione della capacità giuridica sulla base dell'appartenenza a determinate razze. Così, venne consacrato l'irrompere, nell'ordinamento italiano, del concetto di razza al grado più elevato, sia per la materia, ovvero la capacità giuridica, ma anche per il testo legislativo in cui ciò avvenne, il Codice civile[37].

Detto ciò, oltre la rapida enumerazione di una parte di provvedimenti legislativi, appare utile soffermarsi, dal punto di vista giuridico, sulla loro applicazione da parte dei giudici. Tale questione non è da sottovalutare, non solo in relazione ai casi concreti, ma anche nell'ottica, più generale, dell'analisi della portata delle leggi razziali. Infatti,

[36] Sui provvedimenti si veda C. Nardocci, *op. cit.,* p. 493 ss., mentre per un quadro più completo sul tema si veda G. Speciale, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim.*

[37] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 255. Viene riportato, inoltre, che la comparsa di tale previsione normativa rappresentò una cesura fortissima rispetto alla tradizione codicistica che, inaugurata da Napoleone e sviluppatasi successivamente, non aveva conosciuto limitazione della capacità ancorate alla razza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

sorsero due orientamenti circa l'estensione dei degli effetti della legislazione in esame. Da un lato, ci fu chi sostenne la portata rivoluzionaria e la forza espansiva di tale legislazione, facendo leva sul carattere politico di tali provvedimenti, che dimostrava la volontà di rinnovamento con effetti estesi sull'intero ordinamento[38]. Invece, dall'altro lato, la maggioranza dei giudici cercò di depotenziarne l'espansione nell'ordinamento proprio sulla scorta del confermato carattere politico di tale legislazione, sancendone il carattere di eccezionalità[39]. Inoltre, i giudici precisarono il carattere non costituzionale della legislazione razziale, in quanto la dichiarazione del Gran Consiglio del fascismo non possedeva i crismi che l'ordinamento richiedeva per le leggi costituzionale, avendo al più valore di principio[40].

Quindi, si può affermare che, diversamente dal resto della società italiana, ove sporadici furono i casi di aperto dissenso, la maggior parte della magistratura, non abdicando al suo ruolo di interprete[41], «non fu fascistizzata e svolse una cauta azione diretta ad attenuare le conseguenze delle più rigide norme in materia di libertà fondamentali»[42].

5. *Il Codice Rocco*

Chiarite le caratteristiche fondamentali di base del diritto penale durante il regime fascista, è opportuno soffermarsi brevemente sull'elemento portante di questo ultimo, ovvero la codificazione penale del 1930, conosciuta anche come codice Rocco. Infatti, tra il 1925 e il 1930-31 il fascismo elaborò strategie politiche e strumenti di repressione per assicurare in ogni modo la tutela e la sopravvivenza del regi-

[38] *Ivi*, p. 258.
[39] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 258.
[40] *Ivi*, p. 259.
[41] *Ivi,* pp. 260-261.
[42] S. Cassese, *Lo stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 44. L'Autore, inoltre, sottolinea che ciò rappresentò un'importante differenza con la Germania nazista, dove diverso fu il ruolo che i giudici assunsero nel modello statuale e giuridico nazista. Sul ruolo dei giudici nella costruzione giuridica nazista cfr. T. Vormbaum, *Storia del diritto penale tedesco: un'introduzione*, trad. it. G. Oss, S. Porro, Cedam, Padova, 2013, p. 272.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

me[43]. Così, nell'ottica dello Stato forte, lo Stato fascista era veramente sovrano, perché sottoponeva, soverchiandole, tutte le forze esistenti alla sua disciplina, con la conseguenza di poter utilizzare tutti i mezzi possibili, essendo i suoi fini superiori[44].

Il Codice penale entrò in vigore nel luglio 1931, rappresentando uno strumento normativo dotato di coerenza logico sistematico, quindi senza dichiarate prese di posizione nelle premesse teoriche, nonché eclettico nella determinazione e articolazione della risposta sanzionatoria[45].

Quindi, il codice, tutt'ora in vigore grazie a necessari correttivi, fu strutturato in una parte generale, che, dopo i primi due titoli dedicati alla legge penale, conteneva un titolo rubricato "Del reato", in cui erano esplicitate non solo le ipotesi di non imputabilità, ma anche le definizioni degli elementi accidentali e essenziali del reato[46]. Tuttavia, fondamentale è notare subito che, nonostante il fascismo tendesse a ostracizzare le concezioni individualistico-liberali, la nuova legge penale generale non rinunciò mai, almeno formalmente, a uno dei principi cardini dell'Illuminismo, ovvero il principio di legalità dei reati e delle pene[47]. Infatti, il suddetto principio fu mantenuto sia per la difficoltà di rimuovere una regola entrata, ormai, nel patrimonio giuridico comune, ma, soprattutto, per la sua concreta irrilevanza in un regime autoritario, che poteva tranquillamente utilizzare contro suoi avversari tutte le armi disponibili[48]. Inoltre, il principio di legalità rappresentava nell'ottica di un regime autoritario la realizzazione di un sistema improntato a un'esasperata certezza legalistica, improntato a ridurre al minimo la discrezionalità giudiziale e gli spazi interpretativi[49]. Però, a tale rigorismo autoritario facevano riscontro l'indeterminatezza e la

[43] Aa.Vv., *op. cit.*, L. Lacchè (a cura di), p. 11.

[44] A. Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo stato liberale allo stato fascista*, La Voce, Roma, 1927, p. 15.

[45] C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 48.

[46] *Ivi*, p. 49.

[47] C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, p. 49. Sul punto confronta F. Mantovani, *Diritto penale: parte generale*, Cedam, Padova, 2016, p. XLVII, ove si afferma che, proprio per la presenza di alcune garanzie, sarebbe più corretto parlare di codice autoritario e non totalitario.

[48] *Ibidem*.

[49] *Ibidem.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

pericolosità presunta delle fattispecie riguardanti i reati politici, necessarie nell'ottica di tutelare il regime[50]. Tuttavia, il principio di legalità e i suoi corollari assumevano un valore meramente formale volto a garantire ai consociati l'esistenza di una norma scritta, emanata prima della commissione del fatto di reato, e ad assoggettare alla legge il giudice[51]. Emergeva, dunque, una netta contrapposizione tra una funzione meramente formale del principio di legalità e la dimensione sostanziale del principio, che si manifesta attraverso vari contenuti, di cui quello relativo al metodo democratico di produzione della legge costituisce solo uno degli aspetti[52]. In tale contesto, quindi, si comprende quella che fu la scelta del Legislatore di inserire le cosiddette misure di sicurezza, destinate ai delinquenti non imputabili e a quelle categorie accomunate dal requisito, indeterminato, della pericolosità sociale, con l'obiettivo di eludere le opzioni di fondo sul tema della pena, di utilizzare uno strumento flessibile per il controllo della criminalità e attirare il consenso della cultura penalistica di matrice positivista[53].

Poi, circa le finalità della pena, la funzione prevalente venne definita come satisfattoria, in quanto la soddisfazione, ricevuta dall'applicazione della pena, avrebbe evitato rappresaglia e vendetta, mentre, dal punto di vista special preventivo, il cardine era rappresentato dal sistema delle misure di sicurezza[54].

La parte speciale, invece, fu caratterizzata da una ideologizzazione delle fattispecie, da una proliferazione dei reati e dalla pubblicizzazione dei beni tutelati, andando a moltiplicare le fattispecie incriminatrici, superiori a quelle già copiose del codice del 1889, sulla base di una tecnica di redazione improntata alla minuta specificazione delle ipotesi criminose[55]. Comunque, nella gerarchia e selezione degli inte-

[50] F. Mantovani, *op. cit.*, p. XLVII. Cfr. B. Giors, G. Neppi Modona, D. Petrini., *Diritto penale e servizio sociale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 14.

[51] G. Neppi Modona, *op. cit.*, pp. 988-989.

[52] *Ivi,* p. 989.

[53] C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, p. 49. Sul punto cfr. G. Neppi Modona, *op. cit.*, pp. 989-990, ove si afferma l'evidente violazione del principio di legalità sostanziale delle misure di sicurezza, «specie nei casi di pericolosità sociale presunta comporta in sostanza un automatico raddoppiamento del carico sanzionatorio, per di più ancorato ad un parametro di incerta determinazione quale è la pericolosità sociale».

[54] *Ivi,* pp. 49-50.

[55] F. Mantovani, *op. cit.*, p. XLVII.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ressi da tutelare, si ebbe una tendenziale continuità con la legislazione precedente, circostanza che esemplifica, ancora di più, che la dittatura non modificò in sostanza le classi sociali né i rapporti economico sociali esistenti[56]. Tuttavia, risulta chiaro che l'ordine delle varie categorie di reati nella parte speciale del codice esprimeva chiaramente la nuova gerarchia di valori su cui si fondavano i rapporti tra Stato e cittadini[57], in cui i delitti contro la persona e contro il patrimonio furono collocati all'ultimo posto, una volta esauriti gli interessi pubblici facenti capo allo Stato[58]. Dunque, il carattere astratto e pubblicistico di queste categorie generali portò, da un lato, alla sostanziale vanificazione della concezione del bene giuridico concretamente e materialmente individuabile, prefigurando «un diritto penale basato non più sull'offesa di un bene o interesse, ma sulla violazione del dovere di obbedienza alla legge o dell'obbligo di fedeltà allo stato», dall'altro, si tradusse, sul terreno della formulazione degli elementi costitutivi della fattispecie, nella violazione dei criteri di determinatezza e materialità della condotta, evidente nei titoli dei reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico[59]. Tutto ciò, senza dimenticare il già ricordato inasprimento sanzionatorio, che venne a tradursi non solo nell'aumento della pena edittale minima indifferenziata per vari tipi di reati, ma anche nella dilatazione dell'ergastolo, nella generalizzata reintroduzione della pena di morte e nelle rigorose pene accessorie[60].

6. *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato*

Per delineare un quadro della giustizia durante gli anni del regime fascista, non può mancare un accenno al Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Dunque, fondamentale è premettere che la figura del nemico non coincide sempre e comunque con il membro di una nazione straniera ostile, ma, anzi, forte è la tendenza a identificare, soprattutto nei regimi autoritari, dei nemici interni, che, pur appartenenti alla stessa

[56] C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, p. 52.
[57] G. Neppi Modona, *op. cit.*, pp. 992-993.
[58] B. Giors, G. Neppi Modona, D. Petrini, *op. cit.*, p. 14.
[59] G. Neppi Modona, *op. cit.*, p. 993.
[60] F. Mantovani, *op. cit.*, p. XLIX.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

comunità, rappresentano come la proiezione *intra moenia* del nemico esterno, una sorta di quinta colonna[61]. Detto ciò, risulta più chiaro comprendere l'importanza che ebbe il Tribunale speciale durante il regime fascista, tanto da essere definito una delle più alte autorità del Regno in forza delle sue delicate funzioni, ovvero tutelare, reprimendo le attività delittuose, i supremi interessi dello Stato[62]. Tali competenze, poi, rappresentarono la specificità di tale organo, che gli conferivano «una caratteristica inconfondibile e non assimilabile a quella di altri organi giudiziari»[63]. Per cui, tale organo fu creato dal fascismo con il fine di perseguire, rendendola efficace, la sua politica totalitaria, rivolta alla costruzione del consenso intorno alla nuova immagine del potere, con l'annientamento di ogni forma di opposizione[64].

Dunque, sin dalla presa del potere, nel 1922, il fascismo si attivò nella repressione degli avversari politici, come dimostrarono i processi intentati contro esponenti del Partito Comunista Italiano, De Gasperi, Pertini e Carlo Rosselli[65]. I processi in questione, poi, furono caratterizzati per non perseguire delitti comuni segnati dal movente politico, né un reato incasellabile nelle fattispecie dell'associazione a delinquere, del reato di stampa e del tentativo di espatrio clandestino[66], sulla scorta di un reato di antifascismo assimilabile al *crimen laesae maiestatis*, riconducibile al tradimento dei superiori interessi della collettività nazionale[67].

Tuttavia, l'introduzione del Tribunale speciale costituì uno degli interventi normativi attuati nel 1926, che, consentendo a Mussolini di infliggere il colpo di grazia al vecchio stato liberal-democratico, trova-

[61] P. Costa, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 38, 2009, p. 3 ss.

[62] M. Pittaluga, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in «Rivista penale», LXVII, 1941, p. 8 ss.

[63] *Ivi*, p. 10.

[64] S. Vinci, *La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato (1926-1943)*, in «Historia et Ius», n. 10, 2016, pp. 1-2, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/vinci_10_1.pdf*.

[65] L. Lacchè (a cura di)., *op. cit.*, p. 31.

[66] *Ivi*, pp. 31-32. In merito alla disciplina sui fuoriusciti *ex* art. 160 del Tulps si veda F. Colao, «*Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia». I fuorusciti nel Novecento italiano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 38, 2009, p. 40 ss.

[67] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 32.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

rono origine da tre attentati contro la persona del duce, verificatisi in quello stesso anno[68]. Così, si arrivò all'emanazione della legge n. 2008 del 1926, sui Provvedimenti per la difesa dello Stato, che, all'articolo 7, previde la costituzione di un Tribunale speciale per la difesa dello Stato, cui venne devoluta, da quel momento, la competenza dei reati contemplati dalla legge, ma anche dei procedimenti pendenti dinanzi ai tribunali ordinari, relativi a tali reati[69]. Tale organo giudiziario, benché fosse presentato dal ministro della Giustizia come eccezionale, facendo risalire l'origine dello stesso alla tradizione postunitaria, esemplificata dal richiamo alla legge Pica, divenne uno stabile strumento di difesa del fascismo, operando, con varie proroghe, fino al 1941, ovvero per ben 17 anni[70]. Per quanto riguarda, invece, la composizione del Tribunale speciale, esso era, almeno per i primi anni, costituito da funzionari di provenienza esclusiva dai ranghi militari, senza comprovata competenza giuridica o conoscenza del diritto, salvo la previsione, a titolo consultivo, di un magistrato appartenente al personale dei tribunali militari[71]. Però, con il r.d. numero 380 del 1928, fu previsto la possibilità, eliminando il precedente esclusivo appannaggio militare, di reclutare il personale anche tra l'ordine giudiziario amministrativo o ordinario, tra i funzionari delle regie avvocature erariali e tra i docenti universitari di ruolo[72]. Il cambiamento fu probabilmente frutto non solo della esiguità dei funzionari della magistratura militare, ma anche della specificità delle competenze dei magistrati militari, che non era rispondente alle esigenze del Tribunale speciale, risultando, così, necessario l'ingresso di personalità con varie competenze e proveniente dai settori più diversi[73]. Per quanto riguarda il funzionamento, è chiaro che i tribunali militari costituirono, ovviamente, un modello di grande rigore, per cui fu inevitabile che, all'inizio della sua istituzione, il Tribunale speciale fosse un organo caratterizzato dall'uso di strumenti di carattere mili-

[68] S. Vinci, *op. cit.*, p. 2.
[69] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 155.
[70] *Ivi,* pp. 155-156.
[71] S. Vinci, *op. cit.*, p. 8.
[72] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 163.
[73] *Ivi*, p. 164. Si ricorda, inoltre, che la compresenza di queste due diverse anime, una politica e una militare, all'interno del Tribunale speciale non sempre fu senza contrasti.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

tari[74]. Tuttavia, Francesco Giunta, sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, considerava che i principali limiti al buon funzionamento del Tribunale speciale derivassero proprio dall'organizzazione militare dell'azione penale[75]. Per cui, confermando in sostanza tale impostazione, un ruolo sempre maggiore ebbe la Presidenza del Consiglio dei ministri che diventò l'unico referente nella prassi, che fu istituzionalizzata nel 1928, quando venne sancito che l'indicazione delle pratiche inerenti alla costituzione organica del Tribunale speciale fossero di competenza della presidenza del Consiglio, mentre l'andamento dei processi e eventuali ripercussioni su politica interna, ordine pubblico e sicurezza spettassero al ministro dell'Interno, affidato, tra l'altro, allo stesso Mussolini[76]. Nel 1931, poi, il ruolo della presidenza del Consiglio nell'evoluzione dell'apparato del Tribunale speciale fu definitivamente legittimato con il conferimento al capo del governo di tutte le attribuzioni, che, precedentemente, erano affidate al Ministro della guerra[77]. Sotto il profilo procedurale, poi, iniziarono, sia dal punto di vista sostanziale che formale, a inserirsi procedure speciali di natura penale, che solo in parte venivano esercitate attraverso la giurisdizione militare, come l'applicazione delle misure di polizia, sottratte al controllo di un effettivo circuito giurisdizionale[78]. Dopo la fase del consolidamento del regime, l'attività del Tribunale speciale fu, quindi, rivolta a garantire la stabilità del regime, con il compito di soffocare qualunque focolaio di rivolta[79].

Tuttavia, lo scoppio del secondo conflitto mondiale segnò la fine del fascismo, il cui sfaldamento fu reso evidente dalle sentenze del Tribunale speciale, che sanzionarono una esplicita opposizione alla guerra, con condanne per reati di propaganda antinazionale fra i militari, sabotaggio e di vilipendio del fascismo e delle forze armate, di offese al duce[80]. Poi, caduto il regime, il Tribunale superiore fu soppresso

[74] L. Lacchè (a cura di)., *op. cit.*, p. 158.
[75] *Ibidem.*
[76] *Ivi*, p. 159.
[77] *Ibidem.*
[78] *Ivi*, pp. 158-159. Per un quadro sullo svolgimento dei processi e sulle sentenze emesse si veda S. Vinci, *op. cit.*, p. 14 ss.
[79] S. Vinci, *op. cit.*, pp. 26-27.
[80] *Ivi*, pp. 27-28.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

con il d.l. n. 668 del 1943, con il trasferimento della competenza di tutti i reati politici e comuni ai tribunali militari che avrebbero dovuto procedere con rito di guerra[81]. Nella neonata Repubblica Sociale, però, con decreto legislativo n. 794 del 3 dicembre 1943, Mussolini stabilì la ricostituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, con i membri scelti tra la Guardia nazionale repubblicana, per il quale vennero previsti gli stessi poteri e norme di costituzione e di funzionamento vigenti al 28 luglio 1943, con l'estensione di competenza per quanto reati commessi durante lo stato di guerra[82], anche se quelli di dissidenza politica antifascista furono di fatto sempre più delegati alla competenza organismi militari straordinari e ordinari[83]. Però, tale attività del Tribunale speciale della Repubblica risultò caratterizzata da scarsa efficienza e dalla mancanza di autonomia funzionale, dovuta soprattutto a carenza di mezzi, di personale giudiziario ed amministrativo, nonché dalla scarsa collaborazione della magistratura militare[84].

7. *Note conclusive*

Infine, emerge chiaramente l'uso strumentale e politico che il regime fascista fece del diritto penale, creando un efficace sistema di repressione del dissenso. Tuttavia, importante è definire anche il ruolo da assegnare alla legislazione totalitaria all'interno dell'evoluzione del diritto penale. Infatti, sebbene il regime sia stato una parentesi, non si può concordare con l'idea di un periodo totalmente avulso, senza radici nel passato né influssi sul futuro. Quindi, se è corretto ricordare che l'esperienza totalitaria rappresentò una torsione delle linee di sviluppo del diritto penale, non va, però, dimenticato che essa si pose, almeno in parte, in linea di continuità con la tradizione precedente, di cui estremizzò e radicalizzò alcuni aspetti. Tuttavia, l'influsso di quell'esperienza è stato così forte da segnare, dopo la sua conclusione, il ripensamento del modello istituzionale e del sistema del diritto penale della Repubblica italiana, che è stata costruita, anche dal punto di vista valoriale, proprio in antitesi a tale esperienza.

[81] *Ivi*, p. 29.
[82] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 287.
[83] *Ivi*, p. 291 ss.
[84] L. Lacchè (a cura di), *op. cit.*, p. 288.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Dunque, occorre soffermarsi su alcune questioni che il diritto penale fascista ha posto alla nuova Repubblica, poiché la permanenza di una legislazione penale caratterizzata da un impianto marcatamente autoritario, fu un annoso problema sin dall'inizio, in quanto incompatibile con i principi costituzionali. In particolare, emblematicamente dirompenti furono, in materia penale, gli artt. 25 e 27, che segnarono una profonda cesura con il passato. Tuttavia, per la situazione contingente, nei primi anni dopo l'entrata in vigore della costituzione del 1948, l'attuazione dei principi costituzionali fu molto lenta e faticosa, anche a causa della dottrina, che sembrava più impegnata ad elaborare strumenti metodologici e concettuali[85].

Dunque, in tale contesto istituzionale, sin da subito, si pose il problema del Codice penale, cioè se fosse necessario un nuovo Codice penale o potesse essere mantenuto in vigore quello di matrice fascista. Da un lato, si affermò che la riforma penale del fascismo era in continuità con il sistema precedente, essendo i codici, a parte qualche istituto, facilmente emendabili, poiché nel solco della tradizione liberale, avendone conservato i principi fondamentali[86]. In particolare, la conservazione del principio di legalità e dei suoi corollari, nonché l'adesione a tali principi da parte della stragrande maggioranza della dottrina del tempo, hanno svolto un ruolo essenziale nel «salvataggio del codice Rocco, quasi che il principio di legalità sia un'etichetta magica, di per sé capace di traghettare indenne la codificazione penale da un regime dittatoriale ad un ordinamento democratico»[87]. Tuttavia, il mantenimento di tali garanzie non va sopravvalutato poiché si trattava di garanzie che appartenevano, già allora, alla sfera dello storicamente irrinunciabile e la loro conservazione va ascritta alla cultura giuridica italiana, e non necessariamente ai suoi esponenti di quella fase politica[88]. Per cui, nonostante i numerosi progetti che mirarono a procedere ad una nuova codificazione[89], il co-

[85] C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, p. 56.

[86] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860 1990)*, In L. Violante (a cura di), *Storia di Italia*, *cit*., pp. 534-535. Sul punto cfr. G. Leone, *Contro la riforma del Codice penale*, in «*Archivio penale*», 1945, pp. 277-278.

[87] G. Neppi Modona, *op. cit.*, pp. 983-984.

[88] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta*, *cit*., p. 843.

[89] I progetti per un nuovo Codice penale sono stati numerosi, dal 1949 per arrivare fino ad anni recenti, dimostrando come il dibattito sul tema sia ancora presente.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

dice del 1930 rimane ancora in vigore, emendato da sentenze della Corte costituzionale e da riforme legislative, necessarie per renderlo compatibile con il nuovo dettato costituzionale[90].

Infine, un accenno merita il ruolo avuto dalla dottrina penalistica nella costruzione dell'intero sistema totalitario[91], poiché la maggior parte dei giuristi, immersi in una cultura autoritaria, tradussero i principi guida del fascismo in termini legali, fornendone così le basi giuridiche[92]. In ogni caso, nell'età repubblicana forte è stata l'opera della dottrina penalistica nell'ottica di una sempre maggiore attuazione e concretizzazione dei valori costituzionali.

[90] C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, p. 53.
[91] M. Sbriccoli, *Le mani in pasta*, *cit*., p. 842 ss.
[92] M. Fioravanti (a cura di), *op. cit.*, pp. 199-200.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Note, recensioni ed eventi

Valeria Russo

Corti e aristocrazie nel regno di Napoli nella tarda età moderna. Siti reali dei Borboni di Napoli: prospettive storiografiche

Il giorno venerdì 10 marzo 2023, il Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", ha ospitato un interessante seminario di studi intitolato "Corti e aristocrazie nel regno di Napoli nella tarda età moderna. Siti reali dei Borboni di Napoli: prospettive storiografiche". Nell'ambito delle attività messe in atto dal COSME-Centro Osservatorio sul mezzogiorno d'Europa, diretto dal Prof. Giuseppe Cirillo, diversi esperti e docenti universitari si sono confrontati sul ruolo e sulle azioni poste in essere dalle corti e dalle famiglie aristocratiche durante il dominio Borbonico. Il seminario, coordinato dal Professore Sodano, Direttore del Dipartimento di Lettere e Beni Culturali, Università della Campania Luigi Vanvitelli, si è aperto con i saluti istituzionali del Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche, Professore Francesco Eriberto d'Ippolito ed è continuato con stimolanti interventi posti in essere dalla Dott.ssa Carol Lewitt, Coordinatrice del Progetto Radici-Storytelling genealogie delle famiglie della costa d'Amalfi, dal Prof. Giuseppe Cirillo, dall'Architetto Mariano Nuzzo, Soprintendente ABAP Area Metropolitana di Napoli, e dalle relazioni del Prof. Salvatore Barbagallo dell'Università del Salento e del Prof. Giampiero Brunelli dell'Università La Sapienza di Roma, che hanno generato un gradevole e stuzzicante dibattito conclusivo che ha coinvolto l'intera platea presente. Il fulcro del seminario è stata la presentazione di due volumi: il primo[1] "Nobilitare gli antenati. I linguaggi delle nuove aristocrazie nella Napoli di Carlo II" a cura di Giuseppe Cirillo, prende in esame un volume sulle famiglie della piazza del popolo napoletano che nel Seicento ascendono a diversi gradi di nobiltà (sono esaminate

[1] G. Cirillo, *Nobilitare gli antenati. I linguaggi delle nuove aristocrazie nella Napoli di Carlo II*, Cosme beni Culturali, Napoli, 2022.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

più di 90 famiglie). Nel volume si pubblica in copia anastatica un manoscritto inedito, proveniente dalla biblioteca reale di Madrid, sulle famiglie nobili napoletane di ascendenza popolare. Esistono diverse versioni del manoscritto a Napoli ed a Roma, ma la copia originale è quella madrilena in quanto gli altri codici risultano incompleti. La presenza di questa fonte in archivi spagnoli indica che esso è un documento che è stato commissionato dalla corte, a partire dal 1694 (si spinge nella cronologia fino al 1701), per indagare la rapida mobilità sociale che aveva interessato le famiglie della piazza del popolo napoletana che si erano nobilitate. Questo in un periodo politicamente critico in quanto si temevano ripercussioni politiche negative nella Monarchia Cattolica di Carlo II, che non aveva eredi maschi. Sullo sfondo della produzione del manoscritto la politica della corte di Madrid preoccupata per la sopravvivenza politica della Monarchia Cattolica, alla morte di Carlo II. Nelle relazioni svolte nel seminario, per quando concerne il secondo volume[2] "The Europe of "Decentralised courts". The construction of the political image of the Bourbons of Italy and Spain", a cura del Professore Giuseppe Cirillo e Roberto Quiròs Rosado, Professore di Storia moderna presso l'Università autonoma di Madrid, si sono affrontate diverse tematiche: il funzionamento delle corti di Versailles, di Lisbona, di Vienna e di altre città che svolgono un importante ruolo nel potere politico del Sacro Romano Impero Germanico. Particolare attenzione è stata prestata alla nuova politica dinastica tra Spagna e Regno di Napoli, sugli spazi del potere portati avanti a partire da Filippo V. Un contributo è dedicato specificamente a Carlo visto come sovrano transnazionale che passa da Napoli alla Spagna alle Americhe. Con Filippo V in Spagna e con Carlo di Borbone a Napoli si fanno più ampi, per le famiglie reali, gli spazi privati del potere, rispetto alle regge e agli apparati. Gli spazi privati vedono aumentare la permanenza del re nei Siti Reali, rispetto alle regge e ai palazzi reali delle capitali; in questi ultimi si praticano i cerimoniali di Stato e quindi sono troppo esposti all'etichetta, alle pastoie imposte dai cerimoniali pubblici e all'influenza della grande aristocrazia. In altri termini, in Spagna ed a Napoli il cerimoniale di

[2] G. Cirillo, R. Quiròs Rosado, *The Europe of "decentalised courts". The construction of the political image of the Bourbon of Italy and Spain*, Cosme beni Culturali-MIC-Direzione Generale Archivi, Napoli, 2022.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Stato era sancito da regolamenti che erano stati approvati da Carlo V e poi perfezionati da Filippo II e seguivano una particolare etichetta che affondava nella storia dei Regni. Quindi, nelle precedenze o nell'attribuzione degli spazi materiali o simbolici, si doveva tenere nel debito conto degli ufficiali dei regni o dell'antica nobiltà di sangue. Così, spesso, i sodali del re, erano gli ultimi nella catena delle precedenze. Invece con Filippo V e con Carlo di Borbone, nei Siti Reali spagnoli e napoletani, visti come spazi privati del re, la famiglia reale include solo una piccola parte della corte, solo pochi segretari di Stato ed altri burocrati e militari. Col prolungarsi della permanenza del re e della Famiglia Reale nei Siti Reali durante l'anno, diventano sempre più importanti alcuni rituali privati voluti dai sovrani. Inoltre, vi è una semplificazione all'interno delle sfere decisionali del potere: gran parte degli affari di Stato si concludono alla fine dei rituali privati del re, nei Siti Reali, con la partecipazione di gruppi ridotti di aristocratici. Il più importante rituale monarchico resta quello della caccia a cavallo. Ora è completamente riformulato e comincia ad essere anche al centro della nuova organizzazione della corte e della propaganda monarchica. Questo rituale è strettamente legato alle politiche dell'allevamento di cavalli di razza, e all'educazione e alla cultura delle aristocrazie. Gli altri rituali monarchici di Carlo di Borbone sono quello della Gran Tour della corte che, partendo da diversi siti reali, visita gli scavi archeologici di Pompei, Ercolano, Stabia, Paestum. Un terzo rituale è quello del culto delle antichità e delle collezioni dei musei privati dei Borbone. Emerge un modello di corte, rispetto a Parigi o a Vienna, itinerante (decentrata). La corte è sempre una, ma si sposta durante l'anno del re in alcune regge secondarie, distanti dalle capitali. Le pratiche del potere, quindi, vengono sempre più esercitate presso le residenze private del re e sempre di meno in quelle pubbliche del palazzo reale sede della corte. Pertanto, anche la sovranità verrà dispiegata a partire dai Siti Reali, mentre, al contrario, le capitali subiranno una *diminutio* di tali prerogative.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Enzo Perretta

Innovazione tecnologica, digitalizzazione e governo del territorio, a Scienze politiche parte il Master di II livello in Pubblica Amministrazione

"La pubblica amministrazione e il suo diritto: radici storiche e prospettive evolutive" è stato il filo conduttore del seminario di apertura del master universitario di II livello in Pubblica Amministrazione, Innovazione Tecnologica, Digitalizzazione e Governo del Territorio, promosso ed attivato dal dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", con sede a Caserta.

Ad inaugurare il nuovo percorso di perfezionamento, nell'aula del Rettorato di viale Ellittico, Francesco Eriberto d'Ippolito, direttore del dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"; Gennaro Oliviero, presidente del Consiglio Regionale della Campania; Carlo Marino, sindaco della città di Caserta e presidente di Anci Campania; Giuseppe Castaldo, prefetto di Caserta; Giorgio Magliocca, presidente della Provincia di Caserta; Mario Morcone, assessore alla Sicurezza, legalità e immigrazione della Regione Campania, e di Francesco Picarone, presidente della II Commissione permanente Finanze e Bilancio del Consiglio Regionale della Campania.

A presentare il Master di II livello in Pubblica Amministrazione è stato il direttore Antonio Tisci, professore del dipartimento di Scienze Politiche; a seguire un modulo di diritto amministrativo, introdotto e moderato dalla docente titolare della cattedra Laura Lamberti, che ha visto i contributi di Franco Gaetano Scoca, Emerito nell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma, su "Il diritto amministrativo in Italia dai preorlandiani alla Costituzione repubblicana"; di Chiara Cacciavillani dell'Università degli Studi di Padova, su "Il diritto amministrativo e le autonomie da Santi Romano al regionalismo differenziato"; di Aristide Police dell'Università Luiss "Guido Carli" di Roma, su "Il diritto amministrativo e l'Europa dal trattato

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

di Roma al Next generation EU"; di Mario Spasiano dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" di Caserta, su "Il diritto amministrativo e le altre discipline dall'interdisciplinarietà alla transdisciplinarietà".

«Gli obiettivi di crescita digitale, di modernizzazione e di rafforzamento della capacità amministrativa del settore pubblico sono considerati prioritari per il rilancio del Paese. Migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, accelerando la semplificazione e la digitalizzazione dei processi, è l'aspettativa da realizzare. Per far fronte alle carenze di personale, dovute al blocco del turn over, il Governo – anche attraverso i fondi del PNRR – si è impegnato ad orientare il processo di rigenerazione delle pubbliche amministrazioni, di copertura delle professionalità carenti e di valorizzazione del capitale umano, attraverso percorsi di formazione continua, accanto ad un *reskilling* mirato a incrementare e aggiornare il patrimonio di competenze dei dipendenti pubblici», le parole del direttore del dipartimento di Scienze Politiche, d'Ippolito, nel corso del suo intervento.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Micaela Di Giorgio

Lectio Magistralis del Professor Luigi Lacchè. Costituzione e Amministrazione in Italia tra Otto e Novecento

Il 21 aprile 2023, presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", nell'ambito del Master di II livello in *Pubblica Amministrazione: innovazione tecnologica, digitalizzazione e governo del territorio*, il professor Luigi Lacchè (già rettore dell'Università di Macerata e ordinario di Storia del Diritto medievale e moderno), ha tenuto una *lectio magistralis* dal titolo "Costituzione e Amministrazione in Italia tra Otto e Novecento". I lavori sono stati aperti da un ampio intervento di presentazione del direttore del dipartimento, professor Francesco Eriberto d'Ippolito, e da un'introduzione del direttore del Master, professor Antonio Tisci. In particolare, il professor Tisci ha sottolineato come la *lectio magistralis* del professor Lacchè sia il segno della dimensione nazionale del Master di II livello in *Pubblica Amministrazione: innovazione tecnologica, digitalizzazione e governo del territorio*, nonché la multidisciplinarietà di quest'ultimo in uno alla sua capacità di dialogare con gli altri poli universitari e formativi di eccellenza che si trovano in Italia come all'estero. Nella lezione il relatore si è particolarmente soffermato sulla necessità di salvaguardare ancora oggi la Carta costituzionale, ripercorrendo le linee di fondo della nostra storia costituzionale, la cui prima stagione ha trovato il suo punto di equilibrio nelle Rivoluzioni atlantiche, quella inglese nel Seicento e la rivoluzione americana e francese poi, dalle quali cominciò a delinearsi la matrice individualistica e liberale di più lungo periodo. In effetti, il costituzionalismo liberale segue nel nostro Paese, per ragioni sia storico-culturali che istituzionali, le vicende francesi post-rivoluzionarie. Non a caso, negli anni del triennio giacobino prende avvio, anche in Italia, il periodo delle costituzioni. Con l'Ottocento, l'eredità rivoluzionaria porta nel nuovo secolo al conseguimento di risultati specifici, come il definire in una 'carta' le libertà degli individui, e

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

fissarvi limiti invalicabili anche dal potere supremo. È il Novecento quello che è stato definito come un "turning point". In realtà, il secolo breve appare al professor Lacchè come diviso in due parti: in una prima parte assistiamo a non sempre efficaci tentativi tesi a conseguire un ordine costituzionale in grado di organizzare le eterogenee società pluralistiche e, forse proprio a causa di questa pluralità, fortemente litigiose. Tentativi, questi, che si riveleranno soccombenti rispetto alle forti pressioni sociali e all'avanzata dei regimi totalitari. La seconda parte del secolo è, di contro, caratterizzata da una progressiva asseverazione del costituzionalismo democratico, specie in seguito alla capitolazione dei regimi post-sovietici. Queste le argute riflessioni. Il sistema costituzionale novecentesco, sotto questo profilo, parrebbe contenere sia le costituzioni settecentesche, e preesistenti normative, sia la costituzione liberale del XIX secolo. Sono i mutamenti di forma e contenutistici delle costituzioni che ci consentono più attente riflessioni rispetto alle problematiche e alle difficoltà dei giorni nostri. La costituzione democratica, frutto di sanguinarie lotte e di innumerevoli sfide, è troppo spesso dimenticata nel suo travagliato *iter* storico. Essa merita, invece, di esser guardata come frutto di uno sforzo di costruzione intellettuale e istituzionale, capace di guardare oltre la contingenza e rispondere alle ardue sfide poste dai mutamenti economici e sociali dell'odierna società.

Lacchè si sofferma anche sui profili del nascente diritto amministrativo in Francia, all'indomani della Rivoluzione francese e del primo Impero; eventi, questi, che hanno segnato le sorti delle istituzioni politiche e delle amministrazioni dell'*Ancien regime*. La stessa espressione *droit administratif* comparve in quel preciso momento storico, così come il termine *fonctionnaire.* Se nel periodo temporale compreso tra Napoleone e Napoleone III l'impianto protezionale rispetto alle libertà degli individui poté apparire non sempre efficace, è con la Terza Repubblica che il diritto amministrativo acquisisce un carattere liberale. Esso diverrà così, in Francia prima e poi in tutto il resto d'Europa, il mezzo per garantire la tutela giudiziaria dei cittadini di fronte all'operato dell'esecutivo.

In conclusione, la storicità degli avvenimenti giuridici e, in questo caso, della Costituzione, rappresentano una dimensione di fondamentale importanza anche per contestualizzare problematiche e mutamenti della storia giuridica. Essa, come è stato ben sottolineato,

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

rimane uno strumento fondamentale per comprendere le tensioni sociali che determinano anche le tensioni giuridiche, dandoci un'immagine di una complessa epoca storica. Non andrebbe, pertanto, dimenticato che, pur consentendoci di rimanere «più scettici di Cicerone nel ritenere l'*historia magistrae vitae*, nondimeno essa rimane *testis temporum*»[1].

[1] L. Lacchè, *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 145.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Rosa Schioppa

Accordo di Cooperazione Internazionale tra l'Universidad Católica de Colombia e l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*

La mattina del 27 aprile 2023, presso il Dipartimento di Scienze Politiche, è stato sottoscritto un importante accordo di cooperazione internazionale tra l'Universidad Católica de Colombia e l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, che ha dato avvio a una collaborazione fruttuosa e multidisciplinare tra due istituzioni accademiche di prestigio. Tale accordo intende rappresentare un importante passo avanti nella promozione dello scambio culturale, scientifico e accademico tra la Colombia e l'Italia, avviando una collaborazione di cui beneficeranno studenti, docenti e ricercatori di entrambe le istituzioni.

In occasione della sottoscrizione dell'accordo, all'incontro con il Rettore dell'Ateneo colombiano, Professore José Gómez Ortiz, hanno preso parte il direttore del Dipartimento, Professore Francesco Eriberto d'Ippolito, la Professoressa Elvira Falivene, delegata all'Erasmus e all'Internazionalizzazione del dipartimento di Scienze Politiche, e il Professore Antonio Scocozza, professore emerito dell'Universidad Católica de Colombia, che hanno messo in luce l'importanza dell'accordo e il suo proposito di raggiungere diversi obiettivi chiave, mirando a consolidare legami accademici e promuovendo la mobilità internazionale. È noto quanto l'internazionalizzazione rappresenti un pilastro fondamentale per il prestigio e la rilevanza strategica delle università nel contesto contemporaneo, e la sua implementazione efficace consente alle istituzioni accademiche di prosperare in un contesto sempre più interconnesso. Questo valore si esprime in diversi ambiti, contribuendo significativamente alla crescita e all'eccellenza complessiva dell'istituzione accademica.

Uno degli obiettivi principali dell'accordo sottoscritto lo scorso aprile è facilitare lo scambio di studenti e docenti tra le due università, promuovendo la collaborazione nella ricerca e favorendo il confron-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

to e l'approfondimento di metodologie sia in ambito didattico che in ambito scientifico. Questo si concretizzerà attraverso la realizzazione di progetti congiunti, e nella condivisione di conoscenze tra i dipartimenti delle due istituzioni. Attraverso questa collaborazione sarà, quindi, possibile ampliare le reti di ricerca, contribuendo così, in modo significativo, allo sviluppo scientifico e culturale.

Non meno importante, è la possibilità di offrire programmi accademici congiunti, il doppio titolo di laurea o altri percorsi di studio collaborativi. Inoltre, la cooperazione nella ricerca scientifica può portare a una maggiore visibilità e al consolidamento delle competenze specifiche di ciascuna istituzione. È auspicabile, infatti, la realizzazione di progetti di ricerca congiunti, che possa sottolineare l'importanza della possibilità di unire le competenze caratterizzanti di entrambe le università, generando risultati significativi e innovativi tramite la collaborazione scientifica tra i due Atenei. I docenti, d'altro canto, avranno la possibilità di tenere lezioni, condurre ricerche e partecipare attivamente alla vita accademica dell'istituzione ospitante. Durante l'incontro è stata sottolineata l'importanza significativa di tale connessione anche rispetto alla necessità di dare spazio a un punto di osservazione sull'esistente che possa mettere in relazione due 'sud del mondo', contribuendo alla creazione di soluzioni efficaci per le nuove sfide globali e alla produzione di conoscenze avanzate in varie aree disciplinari.

L'accordo, in conclusione, certificando ancora una volta l'impegno attivo e costante del Dipartimento di Scienze Politiche sul piano dell'internazionalizzazione, avvia una nuova fruttuosa fase di scambio durante la quale i due Atenei si faranno promotori della diversificazione di prospettive teoriche e metodologiche nella produzione di conoscenza, incoraggiando una comprensione più inclusiva e approfondita delle dinamiche sociali, politiche ed economiche globali.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Mario Rafaniello

"Rosso di sera. Quando c'era Berlinguer" di Gianni Solino. Presentazione del libro e incontro con l'autore al Dipartimento di Scienze Politiche

Il giorno 11 maggio 2023 il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" ha ospitato un'interessante iniziativa letteraria, la presentazione del libro "Rosso di sera. Quando c'era Berlinguer" di Gianni Solino. L'evento, svoltosi nella prestigiosa Aula Liccardo e organizzato nell'ambito della rassegna di incontri con gli scrittori "Facoltà di Leggere", promossa dallo stesso Dipartimento, ha permesso un serrato confronto tra l'autore, il pubblico e altri illustri ospiti invitati per l'occasione. Infatti, dopo i saluti di benvenuto del direttore del Dipartimento, il Prof. Francesco Eriberto d'Ippolito, il dibattito, moderato dal giornalista Gianni Russo, è stato arricchito prima dai saluti del sindaco di Caserta, Avv. Carlo Marino, e del Presidente della Provincia, Avv. Giorgio Magliocca, e poi dagli interventi del Prof. Luigi Mascilli Migliorini, accademico dei Lincei, dell'On. Marco Cerreto, deputato di Fratelli d'Italia, e infine del Sen. Francesco Boccia, capogruppo del Partito Democratico in Senato.

L'opera, edita dalla casa editrice "La Meridiana", riscopre la figura di un autentico gigante della scena politica italiana del secondo Novecento, quella del segretario del Partito Comunista Italiano (PCI) Enrico Berlinguer, la cui epopea umana e politica è descritta da Solino con magistrale coinvolgimento. L'autore racconta, attraverso le vicende legate all'attività di Berlinguer e ai fatti di cronaca di quegli anni "particolari" per la Repubblica, i valori dell'impegno e della passione per gli ideali rivoluzionari, il cui ricordo sembra ormai consegnato ai libri di storia. A fare da sfondo alle pagine di questo pregevole saggio sono gli aspetti sociali e storici che hanno contraddistinto gli anni Settanta e i primi anni Ottanta, quelli che testimoniano anche la gioventù e l'avvicinamento all'impegno politico di Solino tra le file del PCI di Berlinguer. Questa peculiarità consente al lettore di poter

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

conoscere da vicino un'affascinante e intensa fase della politica italiana grazie a ricordi e aneddoti sapientemente narrati dall'autore. La domanda che quest'ultimo pone al pubblico è se i tempi di quella lotta, alimentata dalla genuina volontà di voler comprendere determinati eventi che hanno plasmato le vite di tutti, siano in effetti da ricordare meglio. Si tratta, afferma Solino, non tanto di soffermarsi in generale sulla "Storia", quanto di ricordare quelle piccole storie, minute, che rappresentano le vite di persone militanti, delle città e dei territori. In altre parole, tutti quegli elementi che vanno a comporre proprio quella "Storia" con la maiuscola. Nel corso della presentazione quindi, Solino ha condiviso la volontà di consegnare alle nuove generazioni la memoria storica di una stagione ricca di cambiamenti per la società italiana. Trasformazioni, spinte da ideali e valori propugnati all'epoca proprio dai più giovani, allo stesso tempo approfondendo la caratura politica del personaggio Enrico Berlinguer.

ISBN 978-88-495-5539-4
© Edizioni Scientifiche Italiane

Enzo Perretta

Limitazioni della libertà personale e strumenti di protezione dei diritti umani: al via un percorso formativo al Dipartimento di Scienze politiche di Caserta in collaborazione con l'Autorità Garante dei detenuti ed il Provveditorato dell'Amministrazione penitenziaria per la Regione Campania

Le limitazioni della libertà personale e gli strumenti di protezione dei diritti umani al centro di un percorso formativo avviato nei mesi scorsi presso il dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", che ha promosso l'importante iniziativa in collaborazione con l'Autorità Garante dei diritti e delle persone private della libertà personale ed il Provveditorato dell'Amministrazione penitenziaria per la regione Campania.

Nell'ambito delle attività previste dal protocollo d'intesa siglato nel novembre 2022 tra il dipartimento e l'*authority*, per l'avvio di un percorso di cooperazione istituzionale, il corso ha rappresentato il primo *step* dei processi di formazione degli operatori impegnati nella tutela dei detenuti, così come immaginati e previsti nel rapporto di collaborazione avviato nell'ultimo anno e mezzo tra Scienze Politiche e Autorità Garante.

Alla presentazione del percorso formativo hanno partecipato, nell'aula Liccardo del polo universitario di viale Ellittico, a Caserta, Francesco Eriberto d'Ippolito, direttore del dipartimento di Scienze Politiche; Mauro Palma, presidente dell'Autorità Garante dei diritti delle persone private della libertà personale; Lucia Castellano, provveditore dell'Amministrazione penitenziaria per la regione Campania, e Carlotta Giaquinto, direttore del personale e della formazione del Provveditorato dell'Amministrazione penitenziaria per la regione Campania.

"Il corso di formazione che abbiamo inaugurato con il presidente Palma, il Provveditore Castellano ed il direttore Giaquinto, rappresenta il primo risultato vero del protocollo d'intesa firmato diversi mesi fa con l'Autorità Garante dei diritti delle persone private della

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

libertà personale, concretizzando così un percorso di interazione e sinergia istituzionale che vede il nostro Dipartimento avere un ruolo centrale nelle dinamiche formative e da protagonista rispetto alle sfide dell'innovazione che proiettano nel futuro la nostra offerta formativa e accademica", ha illustrato il direttore d'Ippolito alla nutrita platea di addetti ai lavori, operatori del settore ed esperti presenti.

ISBN 978-88-495-5539-4
© Edizioni Scientifiche Italiane

Chiara Pizi

Il Dipartimento di Scienze Politiche si conferma un'eccellenza dell'internazionalizzazione: professori ed esperti a confronto

Nel corso dell'anno accademico 2022/2023, il Dottorato in Diritto Comparato e Processi di Integrazione, in seno al Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", ha ospitato numerose iniziative convegnistiche di notevole rilevanza formativa, che hanno contribuito a mantenere alto il livello di eccellenza del corso di Dottorato e dell'intero Dipartimento, ospitando docenti e ricercatori di fama nazionale ed internazionale.

Il Professor Domenico Amirante, docente ordinario in Diritto Pubblico Italiano e Comparato e Coordinatore del summenzionato Dottorato di ricerca, nel corso del 2023 ha guidato l'organizzazione di tre seminari dottorali che hanno visto la partecipazione, in qualità di relatori, di Professori di prestigiose università ed istituti di ricerca europei ed extra-europei.

Il 3, 5 e 6 giugno 2023, il Dottorato ha organizzato, sotto la direzione di Amirante, un ciclo di incontri dal titolo "Ambiente, diritto ed economia: il Green Deal e le transizioni ecologiche in Europa. Dialoghi con il professor Philippe Billet". Fulcro dell'intero convegno sono state le eccellenti relazioni di Philippe Billet, Professore di Diritto Pubblico, Diritto dell'ambiente e dell'urbanismo presso l'*Université Lyon III Jean Moulin*, nonché Direttore dell'*Institut de Droit de l'Environnement* di Lione. La prima giornata si è svolta a Napoli, presso la Fondazione Vico, e ha ospitato un dibattito sulle tematiche del Green Deal e delle transizioni ecologiche in Europa. Il dialogo, coordinato da Amirante, ha visto dunque lo scambio di autorevoli opinioni tra il Professor Billet e altri grandi esperti in Diritto ambientale, come il Procuratore della repubblica di Isernia Dr. Carlo Fucci, nonché i Professori Vincenzo Pepe dell'Università Vanvitelli e il Dottor Jacopo Paffarini, ricercatore in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università di Perugia. Le giornate del 5 e del 6 giugno, tenutesi

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

a Caserta presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Vanvitelli, hanno avuto ad oggetto due seminari, rispettivamente sui grandi principi di diritto ambientale nell'esperienza giuridica francese e sul complesso ma doveroso equilibrio tra i valori – per tradizione confliggenti – di ambiente ed economia.

Il secondo seminario di pregnanza internazionale, intitolato "Diritto, ambiente e salute nell'Antropocene: le nuove sfide" si è tenuto il 30 ottobre 2023 e ha accolto Alexandra Aragão, docente di Diritto ambientale, *Ecoliteracy*, Governance del rischio, Diritto alla sicurezza alimentare e Diritto forestale presso la Facoltà di Diritto dell'*Universidade de Coimbra*. La Professoressa Aragão – in uno stimolante dibattito con dottorandi e ricercatori, e altresì nell'ambito dei corsi di Diritto Pubblico Italiano e Comparato e di Environmental Constitutionalism and Climate Changes: Rules and Policies – ha tenuto un'interessante relazione sugli innovativi concetti scientifici di "*One Health*" ed "*exposoma*", i quali, nell'era dell'Antropocene, dispiegano il loro potenziale trasformativo nel raggiungimento di nuove frontiere della tutela giuridica della salute dell'uomo e dell'ambiente che lo circonda.

Ultimo, e non di certo per rilevanza, il seminario dottorale che, il 17 novembre 2023, ha ospitato in seno al Dipartimento di Scienze Politiche Francisco Humberto Cunha Filho, Professore di Diritto Costituzionale e Diritti Culturali dell'*Universidade de Fortaleza*, in Brasile. Il Professor Cunha Filho ha svolto una preziosa lezione sul Presidenzialismo e il federalismo nell'esperienza storico-politica brasiliana, stimolando, insieme ai dottorandi e ai Professori intervenuti, un interessante dibattito in chiave comparatistica con il modello indiano e, per dissonanza, con quello italiano.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Stefano d'Albenzio

Economia *digital* e *implantación* del principio *de tributación en destino en el IVA. Problemas y propuesta para solucionarlos*

Il 20 settembre 2023, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", si è tenuto un seminario di approfondimento sul tema *Economia digital e implantación del principio de tributación en destino en el IVA. Problemas y propuesta para solucionarlos*.

L'iniziativa scientifica, riservata ai dottorandi di ricerca in "Diritto comparato e processi di integrazione", è stata organizzata dalla prof.ssa Laura Letizia, associata di Diritto tributario, e alla stessa hanno partecipato il direttore, prof. Francesco Eriberto d'Ippolito, che ha portato i saluti istituzionali e, in qualità di relatore, il prof. Juan Jesùs Martos Garcìa, associato di Diritto tributario e finanziario presso l'Università degli Studi di Granada.

Il *workshop* ha consentito di disseminare una tematica attuale e di sicuro interesse nell'ambito della tassazione della *digital economy*, ossia quella relativa all'imposizione IVA delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi nello Stato di destinazione[1], nonché, una volta concluso, di aprire un dibattito tra i partecipanti.

In particolare, nel corso dell'iniziativa, oltre a un'essenziale specificazione dei presupposti impositivi del tributo – territoriale, soggettivo e oggettivo[2]– sono stati sinteticamente illustrati i meccanismi

[1] Al riguardo, tra gli Autori italiani, F. Gallo, *Fisco ed economia digitale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015, 4, p. 599 ss.; A. Carinci, *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *Il Fisco*, 2019, p. 450 ss., F. Gallo - A.F. Uricchio (*a cura di*), *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo*, Bari. 2022, *passim*.

[2] In merito A. Carinci - T. Tassani, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2022, p. 161 ss.; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2022, p. 233 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

della rivalsa e detrazione[3] e sono state considerate le principali operazioni che, ai fini d'interesse, possono essere realizzate da remoto a livello interno, della Ue o extra-Ue[4].

Gli approfondimenti compiuti, nel delineare le tipizzazioni e le applicazioni maggiormente significative dell'imposta, non hanno trascurato di ricostruirne la disciplina sulla base delle direttive europee, susseguitesi nel tempo[5], giungendo a evidenziare come l'odierno sistema risulti (ancora) inadeguato ad affrontare le sfide poste dall'economia digitale in ragione degli inediti modelli di *busine*ss che ha introdotto[6].

Quanto alle soluzioni prospettate per pervenire a un'adeguata composizione del trattamento, giuridico e applicativo, delle operazioni compiute ai fini Iva negli Stati non coincidenti con il Paese di residenza delle realtà imprenditoriali che operano ricorrendo alle piattaforme digitali, sono stati criticamente osservati gli interventi della prassi italiana e spagnola.

L'incontro ha suscitato un vivo interesse da parte degli studenti dei cicli di dottorato in corso e ha offerto, oltre a diversi spunti di riflessione, due auspicabili soluzioni in un'ottica sovranazionale finalizzate a risolvere la peculiare questione affrontata.

Nella specie, le amministrazioni finanziarie coinvolte dovrebbero concentrare i propri "sforzi" sull'utilizzo dei processi informatici che sfruttano le nuove tecnologie per far sì che si realizzi una corretta ripartizione dell'Iva tra le diverse giurisdizioni di competenza e si incrementi l'efficacia delle attività di prevenzione e contrasto ai fenomeni di evasione fiscale. Ancora, gli istituti finanziari, tradizionali o meno, tra i quali vi sono quelli che utilizzano le piattaforme *crypto*

[3] Si veda, in particolare, F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario,* cit., p. 241 ss.

[4] F. Tesauro, p. 266 ss.

[5] Il riferimento è, innanzitutto, alle originarie direttive 67/227/CEE e 67/228/CEE che hanno posto le basi per un sistema comune sull'imposta e, poi, alla VI direttiva (77/388/CEE) che ne ha armonizzato la base imponibile. Il regime attuale è disciplinato, invece, dalla direttiva IVA (rifusa) 2006/112/CE, poi modificata dalla 2008/117/CE.

[6] Sul punto L. Letizia, *Prospettive di tassazione post-pandemia: il caso dell'imposta sui servizi digitali*, in M. Rispoli Farina - G. Rotondo *(a cura di*), *Il diritto dell'economia tra contesto emergenziale e nuovi paradigmi regolatori*, Roma, p. 241 ss.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

exchange[7], dovrebbero essere considerati come "detentori" dell'imposta affinché direttamente la versino, ossia la trattengano sulle operazioni effettuate[8].

[7] Con riferimento all'ordinamento nazionale, l'art. 1, del d.l n. 167/1990, modificato nel 2017 dal d.lgs. n. 90, sottopone gli *exchangers* agli obblighi di monitoraggio qualora intervengano nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento, effettuati anche in valuta virtuale, e purché d'importo pari o superiore a 5.000 euro. Si accenna, peraltro, che l'Agenzia delle entrate nella risposta a interpello n. 397/2022 ha provveduto a estendere alle monete virtuali la considerazione che aveva già espresso nella risposta n. 12/2021: le attività oggetto di cessione sono da reputare di fonte estera nel caso in cui non siano detenute presso un intermediario italiano. Da ultimo, nella circolare n. 30/E/2023 avente a oggetto il trattamento fiscale delle cripto-attività, di cui all'art. 1, commi da 126 a147, della l. n. 197/2022, l'Agenzia ha reso alcuni chiarimenti sul trattamento Iva delle cripto-attività, sebbene non disciplinato nella "legge di bilancio 2023". In via preliminare, la prassi ha ricordato l'assenza di disposizioni specifiche in ambito domestico e unionale e la necessità di far riferimento alle *best practice*s internazionali e alle linee guida europee. Ai fini dell'imposta è necessario, quindi, adottare un *look through approach,* così come analisi *case by case* trattandosi di una materia in evoluzione, "legata all'impiego di tecnologie, a loro volta in continuo progredire e i cui potenziali sviluppi non sono immaginabili allo stato attuale". In argomento L. Letizia, *Tributaciòn de la monedas virtuales in Italia*, in J.J. Martos Garcìa (*coordinator*), *Tributacion de las criptomonedas y otros criptoactivos*, Valencia, 2023, p. 356 ss.; M. Pierro, *Le cripto attività e l'imposizione diretta dopo la legge di bilancio 2023*, in G. Ragucci (*a cura di*), *Fisco digitale, cripto-attività, protezione dei dati, controlli algoritmici*, Torino, 2023, p. 11 ss.

[8] Per approfondimenti, cfr. J.J. Martos Garcìa - E. Piccirilli, *La convergencia en el IVA de las ventas a distancia de bienes y de los servicios prestados vía electrónica, telecomunicaciones y televisión*, in *Nueva fiscalidad*, 2019, 3, p. 105 ss.; J.J. Martos Garcìa, *Medidas fiscales en la uniòn europea para alcanzar el mercado ùnico digital*, in *El mercado digital en la uniòn europea*, Madrid, 2019, p. 399 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Francesco Gaudiosi

L'impatto delle migrazioni sul diritto: prospettive internazionali e comparate, Colloquio mediterraneo di diritto comparato e internazionale

L'intensità degli attuali flussi migratori è senza precedenti. Con particolare riguardo ai fenomeni migratori che hanno interessato il territorio dell'Unione europea, in base agli ultimi dati annuali forniti dagli Stati membri, la Commissione europea stima che nel 2022 sono stati rilasciati 3,4 milioni di permessi di soggiorno, rispetto ai 2,9 milioni del 2021, superando la soglia registrata prima dell'inizio della pandemia da COVID-19 (3 milioni nel 2019). Il numero dei permessi rilasciati da Germania (+190%), Malta (+164%) e Irlanda (+146%) è più che raddoppiato rispetto al 2021. Nel 2022 si è registrato un aumento particolarmente consistente dei permessi connessi all'asilo (+60%), ma anche il numero di quelli rilasciati per motivi di studio (+29%), familiari (+28%) e altri motivi (+47%) è aumentato su base annua[1]. È dunque inevitabile che il fenomeno migratorio abbia avuto un impatto significativo non solo in termini demografici, statistici ed economici, ma anche sugli ordinamenti giuridici nazionali, sull'ordinamento dell'Unione europea e su quello internazionale. La necessità di fornire risposte giuridiche che garantiscano, da un canto, l'ordine sociale e la sicurezza nazionale e, dall'altro, la pienezza del godimento dei diritti umani pone interrogativi e questioni giuridiche sia nella prospettiva del diritto internazionale che nelle sue implicazioni negli ordinamenti interni.

È su tali premesse che è stato organizzato il Convegno dal titolo "L'impatto delle migrazioni sul diritto: prospettive internazionali e comparate", sotto il coordinamento scientifico della Prof.ssa Ida Ca-

[1] Commissione europea, *Statistiche sull'immigrazione in Europa*, disponibile *online* all'indirizzo *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_it#flussi-da-e-verso-lue*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

racciolo e del Prof. Gian Maria Piccinelli, nell'ambito del Colloquio mediterraneo di diritto comparato e internazionale. Il Colloquio, tenutosi nella sede del Rettorato dell'Ateneo il 13 e 14 novembre 2023, ha posto come obiettivo centrale il rafforzamento del dialogo tra accademia e organi giudiziari, in una prospettiva non solo teorica ma anche operativa, al fine di affrontare le criticità che le migrazioni nel Mediterraneo pongono ai sistemi giuridici coinvolti.

Il programma del Convegno è stato suddiviso in quattro sessioni, riguardanti rispettivamente le riforme istituzionali concernenti il fenomeno migratorio (presieduto dalla Prof.ssa Angela Di Stasi, Ordinario di diritto internazionale all'Università di Salerno); il rapporto tra migrazioni e cambiamenti climatici (presieduto dal Prof. Pietro Gargiulo, Ordinario di diritto internazionale all'Università di Teramo); il confronto tra le diverse giurisdizioni in rapporto alla tematica migratoria (presieduto dalla Prof.ssa Caracciolo); e il dialogo tra le differenti culture giuridiche per agevolare i percorsi di integrazione culturale e sociale dei migranti e per risolvere i possibili conflitti nascenti dal confronto tra differenti modelli culturali (presieduto Hynd Ayoubi Idrissi, membro del Comitato ONU sui diritti del fanciullo). Il Colloquio ha avuto il patrocinio della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione del Regno del Marocco; dell'*International Law Association*; dell'Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino"; della Società Italiana di Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea; della Società italiana per la ricerca nel diritto comparato e dell'Università di Napoli "L'Orientale" e si colloca nell'ambito delle iniziative del PRIN (2017) "Migrazioni Internazionali, Stato, Sovranità, Diritti Umani: Questioni Giuridiche Aperte" (*Principal Investigator* Prof.ssa Angela Di Stasi), di cui l'Università della Campania "L. Vanvitelli" è parte con l'Unità di ricerca "Migrazioni e trasformazioni giuridiche", sotto il coordinamento della Prof.ssa Caracciolo.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Federica Giaccio e Giuseppe Guarino

"Nel mondo grande e terribile": Gramsci e le relazioni internazionali*

1. *Il pensiero di Gramsci nello studio delle relazioni internazionali: dai testi neo-gramsciani all'influenza nei socialismi di Cina e America Latina*

Lo scorso 16 novembre, il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" ha ospitato il convegno internazionale "'Nel mondo grande e terribile': Gramsci e le relazioni internazionali".

All'evento, dopo i saluti istituzionali portati dal Direttore di Dipartimento, prof. Francesco Eriberto d'Ippolito, e l'introduzione del prof. Diego Giannone, sono state presentate le relazioni di Adriano Cozzolino, Jorge Gantiva Silva e Daniela Caterina. In veste di *discussant* sono infine intervenuti Francesca Canale Cama e Giuseppe Guarino.

L'iniziativa si è svolta nell'ambito del progetto PRIN 2022 – "*The President in the control room*", alla presenza degli studenti dei corsi di Laurea in Scienze Politiche e Scienze del Turismo, nonché dei corsi di Laurea Magistrale in Relazioni e Organizzazioni Internazionali, Scienze e Tecniche dell'Amministrazione Pubblica e Progettazione e gestione dei sistemi turistici.

I saluti del Direttore di Dipartimento si sono focalizzati sulla centralità dell'opera di Antonio Gramsci nel pensiero politico italia-

* Pur essendo concepita come un'unica nota, Giuseppe Guarino è autore del paragrafo riguardante il convegno, intitolato *Il pensiero di Gramsci nello studio delle relazioni internazionali: dai testi neo-gramsciani all'influenza nei socialismi di Cina e America Latina*, Federica Giaccio è autrice del paragrafo riguardante la discussione, intitolato *La riscoperta postuma di Gramsci e la guerra di posizione gramsciana nell'esperienza chavista: discussioni*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

no, anche oltre l'area marxista. Il pensiero di Gramsci rappresenta un vero e proprio classico del Novecento, non solo in un'ottica antifascista ma soprattutto in quanto iniziatore della critica più incisiva nei confronti dello stalinismo e del marxismo sovietico[1].

Il professore Diego Giannone ha poi introdotto le relazioni successive facendo riferimento al fatto che il pensiero di Gramsci venga ampiamente tradotto, studiato e compreso a livello internazionale, forse più di quanto accade nel Paese che al celebre pensatore ha dato i natali. Da qui la decisione di dare al convegno un titolo che cita appunto una celebre espressione dell'ideologo sardo: "Nel mondo grande e terribile"[2]. Una frase che invita all'arte della conoscenza di ciò che ci circonda legandoci alla vitalità del pensiero gramsciano al fine di comprendere criticamente la contemporaneità.

Un vasto riferimento a questa complessità è emerso anche dall'intervento del dott. Adriano Cozzolino, ricercatore di Scienza Politica presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", intitolato "Forze sociali, ordine internazionale, crisi globale: l'apporto Gramsciano allo studio delle Relazioni Internazionali". Nella sua relazione ha effettuato una panoramica sul pensiero neo-gramsciano[3], dal quale muovere verso un approccio olistico che non separi i particolari ma che sia in grado di collegarli. I quaderni sono da questo punto di vista un sistema aperto, sfruttato nell'ambito dello studio delle relazioni internazionali soprattutto nell'analisi dei cambiamenti nei momenti di "crisi organica", concetto gramsciano il cui valore esplicativo può essere di grande rilevanza per comprendere i processi politici contemporanei[4].

[1] A riguardo, si veda: G. Fresu, *Antonio Gramsci. An intellectual biography,* Palgrave Macmillan, Cham, 2023.

[2] La celeberrima espressione, proveniente da una lettera alla moglie Giulia del 30 giugno 1924 è stata utilizzata anche come titolo del film omonimo del 2017, diretto da Daniele Maggioni e basato sugli ultimi dieci anni di vita del pensatore di Ales. A riguardo, si veda anche: A. Gramsci, *Nel mondo grande e terribile: antologia degli scritti 1914-1935,* a cura di G. Vacca, Einaudi, Torino, 2007.

[3] A riguardo, ci si riferisce principalmente ai seguenti testi: A. Bieler, A.D. Morton, *Social Forces in the Making of the New Europe*, Palgrave, Houndmills, 2001; P.D. Thomas, *The Gramscian Moment: Philosophy, Hegemony and Marxism*, Brill, Leiden, 2009.

[4] Cfr. A. Cozzolino, *Crisi organica e trasformazioni del sistema politico in Ita-*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'influenza degli approcci neogramsciani sull'analisi della politica internazionale – secondo Cozzolino – è stata fondamentale e ha aperto delle linee di ricerca e comprensione della società altrimenti rimaste inespresse. Questi approcci, questi studi, hanno mostrato come l'operare delle forze sociali su base nazionale, transnazionale e internazionale sia un piano decisivo per capire le istituzioni e come queste riproducano un ordine egemonico

La parola è poi passata al professore Jorge Gantiva Silva della Universidad del Tolima di Ibagué, Colombia, dal titolo "Gramsci e la svolta dell'America Latina". Lo studioso si è focalizzato principalmente sullo studio del pensiero gramsciano in Colombia e in Venezuela, paesi nei quali lo ha promosso tramite la fondazione della Sociedad Colombiana Antonio Gramsci nel 1991 e poi tramite l'insegnamento alle masse durante gli anni della presidenza di Hugo Chávez. Nella prima parte del suo intervento, ha ribadito che nell'attuale contesto internazionale – dove «la sinistra è sconfitta» – il ritorno allo studio di Gramsci significa riprendere l'antidogmatismo e la visione creativa del marxismo di uno dei più acuti pensatori politici moderni[5]. Gantiva Silva ha quindi proposto un utilizzo di Gramsci ai fini di una profonda analisi tanto del contesto nazionale quanto di quello internazionale, nei quali va messo necessariamente in dialogo con il presente. Il fine è quello di costruire una conoscenza sociale critica, coerente con un sapere sociale altrettanto critico e consapevole, in un processo inteso come passaggio dalla "guerra di movimento" alla "guerra di posizione" gramsciana[6].

Infine, la professoressa Daniela Caterina della Huazhong University of Science and Technology di Wuhan ha presentato una relazione dal titolo "*Antonio Gramsci a Pechino. Ricezione, attualità e (nuove) linee di ricerca*", in cui ha analizzato il ruolo fondamentale di Antonio Gramsci nella comprensione della Cina, intesa come

lia dopo la crisi del 2008: un approccio gramsciano tra storia e scienza politica, in «Politics», n. 13, vol. 1, 2020, pp. 83-104.

[5] Il relatore ha raccolto le sue riflessioni su Gramsci nel volume: J. Gantiva Silva, *Un ensayo sobre Gramsci*, Centro Internacional Miranda, Caracas, 2008.

[6] Cfr. J. Gantiva Silva, *Tres ideas cruciales de la ciencia social crítica: Tiempo disruptivo, resignificación de las subjetividades y emancipación*, in «Aquelarre», n. 18, 2010, pp. 61-72.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

"stato integrale" che abbatte le barriere tra pubblico e privato e nel quale nulla può essere considerato neutrale. L'intervento ha analizzato la complessa evoluzione della percezione di Gramsci nel contesto cinese, inizialmente relegato a semplice "marxista occidentale". L'attenzione di Pechino si è spostata sulla riabilitazione del pensiero gramsciano, tramite la pubblicazione di numerose traduzioni (non sempre complete[7]) che si inseriscono nei mutamenti del contesto politico e socio-economico del "socialismo con caratteristiche cinesi". Questi cambiamenti hanno orientato la discussione verso l'utilizzo dell'opera di Gramsci attraverso l'ottica della celeberrima "egemonia culturale". La professoressa Caterina si è inoltre concentrata sul concetto gramsciano di "rivoluzione passiva", evidenziando come sia in grado di cogliere la resilienza del blocco dirigente cinese nell'ambito delle diverse visioni sulla Cina post-rivoluzionaria. Essa è in grado di "depotenziare" l'opposizione di altri gruppi, favorendo al contempo l'ingresso nel partito di istanze e di personalità capitaliste[8].

2. *La riscoperta postuma di Gramsci e la guerra di posizione gramsciana nell'esperienza chavista: discussioni*

Il pensiero di Antonio Gramsci ha goduto di ampio riconoscimento tra il 1976 e il 1983, come evidenziato nell'articolo di E.J. Hobsbawm per la rivista "Rinascita", nel quale Gramsci è elencato tra i 250 autori più citati nell'Ars and Humanities Citation Index.

In una fase di discussione successiva del convegno, la professoressa Francesca Canale Cama, ha condotto un'analisi sull'ampio utilizzo di Gramsci nel contesto politico-culturale europeo e statunitense tra gli anni '60 e '70. Durante questo periodo, gli scritti di Gramsci hanno raggiunto ogni angolo del mondo dopo la pubblicazione dell'antologia dei Quaderni del Carcere in lingua inglese. Questa rappresenta la prima fase di internazionalizzazione del pensiero gramsciano, caratterizzata dall'u-

[7] Cfr. S. Kipfer, G. Hart, *Translating Gramsci in the current conjuncture*, in M. Ekers, G. Hart, S. Kipfer, A. Loftus (a cura di), *Gramsci: space, nature, politics, John Wiley & Sons*, Chichester, 2013, pp. 323-343.

[8] Cfr. D. Caterina, *Gramsci in China: Past, Present and Future of a Still Open Encounter*, in «Antipode», vol. 53, n. 5, 2021, pp. 1357-1376.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

so esplicitamente politico dei suoi scritti nelle lotte contro le dittature latinoamericane, i regimi coloniali in Africa ed Asia, per i diritti civili in Europa e negli Stati Uniti, nonché a favore dell'eurocomunismo.

La seconda fase di interesse per l'opera di Gramsci coincide con l'inizio del nuovo millennio, testimoniando un notevole risveglio di interesse negli ultimi quindici anni. Questa nuova ondata di attenzione nei confronti del pensiero gramsciano, è risultata più ampia rispetto al periodo precedente anche se, talvolta, si è verificata un'interpretazione fuorviante dei suoi scritti e del loro utilizzo.

La professoressa sottolinea che, nella contemporaneità, i concetti chiave di Gramsci, come rivoluzione passiva, blocco storico ed egemonia, rischiano di rimanere imprigionati nelle circostanze storiche che li hanno generati. Pertanto, è fondamentale ricollegare il pensiero gramsciano ai cambiamenti su larga scala che hanno avuto luogo nel momento della sua produzione.

Gramsci, riformulando il vocabolario marxista, ha fornito uno strumento concettuale che, un secolo dopo, si dimostra ancora utile per comprendere la crisi contemporanea di un mondo che Gramsci stesso ha visto emergere. Nell'ambito delle relazioni internazionali, applica un impianto filosofico marxista nel tentativo di tradurre in linguaggio teorico la realtà, affrontando le sfide della contemporaneità come guerra, pace, rivoluzione, crisi e fascismo.

La guerra, infatti, «è il luogo storico della formazione del pensiero politico di Antonio Gramsci e della sua visione del mondo»[9]. È infatti propedeutica all'attuazione del suo pensiero: il filosofo, negli anni della guerra, sviluppa una visione del capitalismo come grande forza progressiva della storia, considerandolo come il motore che spinge le masse.

Gramsci, nei Quaderni del Carcere, indica come "rivoluzione passiva" una situazione storica nella quale i cambiamenti vengono guidati dalle classi borghesi, cercando di non coinvolgere le classi popolari, che restano passive; si tratta di un cambiamento che avviene in modo riformistico e legale e Gramsci usa questa categoria in relazione al Risorgimento per poi declinarli a fenomeni a lui contemporanei: il fascismo.

[9] L. Rapone, *Antonio Gramsci nella grande guerra,* in «Studi Storici», Anno 48, No.1, 2007, p 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Non è da considerare solo una fase di repressione, ma il fascismo è un agente di cambiamento e trasformazione, di ammodernamento della società e dell'economia italiana; la professoressa sottolinea come il fascismo per Gramsci e, storicamente, sia una risposta ed un'imitazione/deformazione della rivoluzione attiva bolscevica, così come il Risorgimento era stato un'imitazione/deformazione della rivoluzione attiva francese.

Dal punto di vista internazionale, l'idea gramsciana e la figura del suo pensatore, penetra fortemente nel contesto latino al punto da essere definito "pensatore del Sud Globale" e considerato l'autore marxista più influente del pensiero socialista dopo Lenin.

Il dott. Guarino ha analizzato, infine, il contesto del socialismo del XXI secolo, particolarmente incarnato dal Venezuela di Chávez, nel quale vengono incorporati i principi di Gramsci come elementi centrali del pensiero di sinistra come già accaduto durante la breve e drammatica esperienza di Allende in Cile.

Il pensiero gramsciano, con concetti come "guerra di posizione" e "guerra di movimento", si scontra con la dottrina della "*guerre révolutionnaire*" adottata dalla giunta militare argentina negli anni '70. Chávez, una figura chiave nel socialismo del XXI secolo, fa frequenti riferimenti a Gramsci nei suoi discorsi, utilizzando il lessico gramsciano per analizzare concetti come "struttura", "sovrastruttura", "egemonia" e "blocco storico".

La strategia di Chávez, caratterizzata da un costante "attacco al potere", è stata implementata anche attraverso la creazione dei circoli bolivariani, assemblee locali spesso associate a estremismo e repressione del dissenso. Nel contesto internazionale, il Venezuela ha cercato una decolonizzazione totale, rompendo relazioni con l'Europa e gli Stati Uniti, preferendo alleanze con paesi considerati "*rogue*" come Cuba e l'Iran.

Tuttavia, nonostante gli sforzi di Chávez nel delegittimare il capitalismo attraverso una contro-ideologia, il Venezuela bolivariano ha continuato a lottare con problemi persistenti come violenza, corruzione e caos politico[10]. La domanda cruciale si pone sul limite della so-

[10] Sulla questione venezuelana, si rimanda a M. Stefanini, *Adiós Venezuela. La fine del Chavismo da Maduro a Guaidó*, Paesi Edizioni, Roma, 2019; D. Flores Flores, *Venezuela y la (des)integración de América Latina y el Caribe: dimensiones*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

stenibilità della "guerra di posizione" contro il capitalismo e su quale sia il prezzo da pagare. Dopo 25 anni di bolivarismo al potere, la lotta continua potrebbe essersi trasformata in una routine, un totem antico. La disintegrazione di altri paesi che inizialmente sembravano aderire al socialismo del XXI secolo evidenzia la complessità della sfida. La prospettiva della "guerra di posizione" come soluzione definitiva viene messa in dubbio, con il Venezuela bolivariano che rimane come monito del destino che attende chi cerca alternative. La mancanza di una "rivoluzione passiva" inclusiva in America Latina, potrebbe essere un elemento determinante, poiché il sistema venezuelano, basato sul petrolio e sostenuto dal *welfare state*, sembra inclusivo solo nei confronti del chavismo, escludendo chi si oppone. Resta da vedere se le enormi risorse del capitale nelle società avanzate possano impedire percorsi alternativi, configurando forse una via contemporanea alla decolonizzazione.

geopolíticas de una crisis internacionalizada, in «Contextualizaciones Latinoamericanas», a. 16, n. 28, 2023; G. Guarino, *Tra embargo di armi e violazioni dei diritti umani: gli impatti delle sanzioni dell'UE contro il Venezuela*, in «Futuri», n. 20, a. 10, 2023, pp. 185-197.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Chiara Sargiotta*

L'impatto della tecnocrazia sulla decisione politica. Nota sul Convegno "Tecnocrazia e politica"

Trasformations of Italian Democracy. Istitutional challenges and economic opportunities of the National Recovery and Resilience Plan (Tr.I.Dem): è questo il titolo del progetto finanziato dall'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* e inserito nell'ambito degli obiettivi previsti dal Piano Strategico di Ateneo 2021-2023 sulla promozione di attività di ricerca fondamentale ed applicata dedicata ai giovani Ricercatori. Il Progetto, diretto dal *Principal Investigator* Dott. Adriano Cozzolino, Ricercatore in Scienza Politica dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, indaga le trasformazioni dei regimi democratici contemporanei, con particolare riguardo al complesso fenomeno della tecnocrazia e ai suoi riflessi sulle dinamiche della forma di governo parlamentare italiana. Le riflessioni coinvolgono, in senso più ampio, il futuro della democrazia e il rischio di uno scenario postdemocratico[1], o meglio oclocratico[2] in cui gli esperti diventano i veri protagonisti della scena pubblica. La crisi del parlamentarismo e del sistema dei partiti sono solo alcuni dei fattori che hanno determinato una dislocazione dell'istanza rappresentativa verso nuovi centri di influenza nei quali sono emerse figure di altissimo profilo tecnico che, a partire dai primissimi anni Novanta, sono entrate, come forze razionalizzatrici del sistema, nelle

* Dottoranda di Diritto Comparato e Processi di Integrazione, membro del gruppo di ricerca del Progetto *Tr.I.Dem*. (Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*). Fanno parte del Comitato scientifico del Progetto anche altri colleghi del Dipartimento di Scienze politiche: il Dott. Adriano Cozzolino (PI), la Prof.ssa Francesca Canale Cama (Co-PI), il Prof. Diego Giannone, il Dott. Giuseppe Maria Ambrosio.

[1] C. Crouch. *Post-Democracy*, John Wiley and Sons Ltd, Hoboken, 2004, *passim*.

[2] A. Cesaro, *L'utile Idiota. La cultura nel tempo dell'oclocrazia*, Mimesis, Milano-Udine, 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

dinamiche dei processi decisionali. Su questi temi e sui primi risultati della ricerca, il 22 novembre 2023 si è tenuto, presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Ateneo, il Convegno di Studi *Tecnocrazia e politica*, un'occasione di confronto tra studiosi che ha valorizzato il carattere multidisciplinare del Progetto che si giova dell'apporto di studiosi di filosofia politica, scienza politica e storia contemporanea.

La trattazione della materia non può certamente prescindere dall'aspetto definitorio del fenomeno tecnocratico; esso intende qualificare «un sistema di *governance* in cui esperti tecnicamente addestrati governano in virtù delle loro conoscenze specialistiche e della loro posizione in istituzioni politiche ed economiche dominanti»[3]. Il tecnocrate è considerato capace di interpretare la complessità del sistema e di fornire soluzioni che, per quanto risultino spesso impopolari, si rivelano sostenibili sul piano economico, sociale e istituzionale. Per queste ragioni, sono i momenti di crisi sistemica a rendere necessario l'intervento di soggetti qualificati che siano in grado, con le loro competenze, di fronteggiare situazioni emergenziali a fronte di una classe politica che, troppo impegnata a mantenere il consenso, diventa incapace di intervenire in maniera strutturale sul sistema. Questa tendenza incide sullo "stato di salute" della democrazia rappresentativa perché evidenza lo scollamento tra cittadini e istituzioni. La resistenza agli Esecutivi tecnici nasce infatti dalla crisi del rapporto tra governanti e governati che si sono sentiti sempre meno partecipi delle dinamiche decisionali. Non si può, tuttavia, polarizzare il rapporto tra tecnocrazia e politica; semmai è possibile porre un confronto tra politica tecnocratica e politica democratica, perché un governo "tecnico" si pone comunque come un Esecutivo "politico" essendo l'esercizio del pubblico potere funzionale all'adozione di una decisione che è strutturalmente politica e che produce i suoi effetti sui cittadini dello Stato. Il problema, quindi, non è la legittimazione giuridica della tecnocrazia bensì quella sociale. La pandemia ha dimostrato come il potere tecnocratico può trovare ulteriore giustificazione nella persistenza di uno stato emergenziale che arriverebbe a legittimare la compressione, in via transitoria, di alcune procedure democratiche (fino ad arrivare a porre in discussione il voto). La questione però di-

[3] F. Fischer, *Technocracy and the Politics of Expertise*, Sage Publications, Thousands Oaks, 1990, p. 17.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

venta più complessa, se guardiamo alla storia degli ultimi anni, e rende necessario comprendere perché il ricorso ad Esecutivi tecnici stia diventando un'esigenza del sistema e non solo un regime d'eccezione.

Queste considerazioni teoriche trovano applicazione nella dimensione empirica. Il caso studio prescelto, e di cui si è iniziato a discutere durante il convegno, è l'apparato gestionale del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano richiesto agli Stati dell'UE dalla Commissione europea e dal Parlamento europeo per supervisionare e controllare l'allocazione delle risorse stanziate dall'Unione, nell'ambito del programma *Next Generation EU*, in favore degli Stati membri e a seconda dei diversi *standards* di sostegno richiesti. La necessità di fronteggiare l'emergenza pandemica – sanitaria ed economica – ha reso necessaria una strategia di sviluppo più ampia che si compone di un insieme integrato di fonti di finanziamento e strumenti di *policy,* finalizzate al rilancio del "sistema Europa"[4]. Il concetto di resilienza, trapiantato nell'assetto politico dell'UE di fronte alla crisi della Covid-19, identifica «non solo la capacità di resistere alle sfide e farvi fronte, ma anche quella di attraversare le transizioni in modo sostenibile, (…) e inclusivo»[5] e promuovere un'economia più competitiva, dinamica e innovativa. Il programma realizzato dall'Europa costituisce un «esperimento di solidarietà finanziaria»[6] destinato ad implementare quattro aree interconnesse – sociale ed economica, geopolitica, ecologica e digitale – per le quali l'Unione europea ha previsto una dotazione complessiva di 672,5 miliardi di euro da alimentare anche attraverso l'emissione di titoli europei. Il diritto ad ottenere i fondi, infatti, è stato acquisito dall'Italia, e dagli altri Stati membri, attraverso la predisposizione di un programma di gestione delle risorse che fosse organico, razionale, coerente e conforme alle linee-guida predisposte dall'Europa. Si tratta di una programmazione

[4] Cfr. C. Bastasin, G. Toniolo, *La strada smarrita - breve storia dell'economia italiana*, Laterza, Bari, 2020; R. Dipace, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in «Rivista Diritto Amministrativo», n. 4, 2020.

[5] A. Muratori, *Il PNRR italiano all'esame della Commissione europea: le novità della "versione Draghi"*, in «Ambiente & Sviluppo», n. 6, 2021.

[6] M. Clarich, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in «Il Corriere giuridico», 2021, pp. 8-9.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

per obiettivi e per progetti, subordinati ad una complessa attività di monitoraggio e di controllo. Il mantenimento di quel diritto è, difatti, subordinato ad una serie di condizioni che diventano forme di espressione del principio costituzionale di pubblicità parlamentare perché gli Stati membri dovranno, per il tramite dei loro parlamenti, rendere conto agli organi europei a ciò preposti della realizzazione degli obiettivi prefissati, pena il blocco dei finanziamenti. Il successo dell'attuazione del Piano – erogazione dei fondi compresa – dipenderà dai sistemi di *control governance* che sono strettamente legati ai parametri di pubblicità, trasparenza e lotta alla corruzione. Il termine *governance* indica «l'insieme dei principi e delle procedure che definiscono l'efficace organizzazione e gestione di uno strumento collettivo»; si tratta di una scelta strategica per la disciplina dei protocolli di gestione, spesa e rendicontazione delle risorse per il raggiungimento degli obiettivi previsti. Le modalità di gestione del NRRP (*National Recovery and Resilience Plan*) così come il ciclo di riforme e investimenti incidono sui processi decisionali nazionali e sui relativi meccanismi di *governance* al punto tale da influenzare il funzionamento della democrazia rappresentativa, già messa sotto pressione durante il periodo pandemico.

Questo convegno si inserisce in una serie di attività di disseminazione scientifica che saranno organizzate a livello nazionale ma anche internazionale. Si annovera, fra le altre, l'iniziativa programmata per marzo 2024 presso l'*History of Ideas Research Centre* di Cracovia, occasione nella quale gli studiosi coinvolti nel Progetto avranno modo di approfondire, attraverso attività seminariali, i temi della ricerca anche in una prospettiva di analisi comparata tra Italia e Polonia.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Enzo Perretta

Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione: all'Università Vanvitelli seminario per amministratori locali con la consigliera dell'Autorità Anticorruzione, Del Balzo, ed il presidente di Anci Campania, Marino

Prevenzione della corruzione, promozione della trasparenza e garanzia della vigilanza sui contratti pubblici, le tre missioni dell'ANAC ed il suo ruolo di controllo della Pubblica Amministrazione sono state al centro di un seminario promosso dal dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli", con sede a Caserta, ed aperto anche ad amministratori locali e dipendenti pubblici.

Nell'ambito del Master universitario di II livello in *Pubblica Amministrazione, Innovazione Tecnologica, Digitalizzazione e Governo del Territorio*, il dipartimento guidato dal direttore Francesco Eriberto d'Ippolito ha ospitato la consigliera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Consuelo del Balzo, casertana d'origine ed erede dei Duchi del Balzo di Presenzano, dove è ubicato anche l'omonimo palazzo ducale, ma da anni romana d'adozione, che ha tenuto una *lectio magistralis* sulle attività di vigilanza, controllo e monitoraggio che l'ANAC pone in essere quotidianamente per prevenire la corruzione nella pubblica amministrazione, garantire il rispetto e la esecuzione dei contratti pubblici e assicurare la trasparenza verso i cittadini.

Ad aprire i lavori del seminario, i saluti istituzionali di benvenuto del direttore dei Scienze Politiche, d'Ippolito, seguito dall'introduzione al tema a cura del direttore del master di II livello Antonio Tisci, e dall'intervento del sindaco di Caserta e Presidente ANCI Campania, Carlo Marino.

La consigliera dell'ANAC del Balzo ha tenuto la sua relazione dinanzi non solo agli studenti del dipartimento e del master, ma anche di amministratori locali e dipendenti della pubblica amministrazione provenienti dalla provincia di Caserta e dall'intera regione Campania.

«Si tratta di una iniziativa formativa di alto livello per gli studenti del Master che vuol però essere aperta al territorio al fine di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

consolidare un impegno civile finalizzato ad offrire spazi didattici e di confronto su temi di interesse generale. In tal modo, poiché il dipartimento di Scienze Politiche ha sottoscritto una convenzione con Anci Campania, il seminario è aperto ad amministratori e funzionari dei Comuni», ha spiegato, nel suo intervento, il direttore d'Ippolito.

«Il ruolo cruciale svolto nel nostro Paese dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nel promuovere l'integrità, la trasparenza e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, è di fondamentale importanza per prevenire la corruzione, promuovere la trasparenza e vigilare sui contratti pubblici.

La presenza al nostro seminario della Consigliera del Balzo è stata molto proficua per rendere edotti i nostri studenti sul ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, e la contestuale presenza degli amministratori locali, grazie al nostro protocollo d'intesa con ANCI Campania ed il suo presidente Marino, ha ulteriormente arricchito l'iniziativa e sensibilizzato tutti sull'attuazione delle leggi sulla trasparenza e sulla collaborazione con le pubbliche amministrazioni al fine di migliorare le pratiche di gestione e di condividere le migliori metodologie nella prevenzione della corruzione e nell'ottimizzazione dei processi contrattuali», ha dichiarato il direttore del Master universitario, Professor Tisci.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ludovica Russo

Convegno "Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore": un'indagine interdisciplinare

Il 13 dicembre presso la sede del Rettorato dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" si è svolto il convegno "Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore", evento conclusivo del progetto "*Artificial Procreation and New Forms of Parenthood*".

All'incontro, organizzato e coordinato dalla Prof.ssa Francesca Carimini e dal Prof. Stefano Deplano, hanno preso parte importanti giuristi che hanno affrontato il tema della genitorialità medicalmente assistita in chiave interdisciplinare.

I lavori hanno avuto inizio con i saluti del Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche, Prof. Francesco Eriberto d'Ippolito e della Presidentessa del COA del Foro del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Avv. Angela Del Vecchio, i quali hanno sottolineato l'importanza e del tema oggetto d'indagine e l'attualità dello stesso visti i recenti sviluppi sociali e giurisprudenziali.

Punto di partenza per la disamina del tema oggetto del convegno è stato il profilo medico-scientifico con la relazione del Prof. Pasquale De Franciscis, che ha illustrato le varie tecniche e le relative problematiche della fecondazione medicalmente assistita fornendo numerosi spunti di riflessione per la successiva analisi giuridica.

Si sono poi susseguiti gli interventi del Prof. Stefano Deplano che ha introdotto i lavori evidenziando le ragioni e la necessità di un'indagine sul tema della genitorialità alla luce del mutato quadro di sistema, della Prof.ssa Laura Lamberti che ha evidenziato i profili amministrativi della tutela del diritto alla salute in relazione alla PMA, della Prof.ssa Valeria De Oto che ha discusso della tutela degli interessi patrimoniale dei figli "non riconoscibili", del Prof. Aldo Amirante che ha tenuto una relazione improntata sugli interessi del minore alla luce delle proposte di regolamentazione europee, della Prof.ssa Claudia

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Iodice che ha tracciato un profilo storico evolutivo della genitorialità e della figura della donna in epoca romana attraverso il racconto della vita di Marzia, prima *mater* surrogata, della Prof. Adele Pastena che ha esaminato, in un'ottica comparata, la maternità surrogata come regolamentata nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, del Prof. Gabriele Salvi, Professore associato dell'Università di Siena, che ha affrontato il tema dell'adozione in casi particolari nel prisma della genitorialità intenzionale, e della Prof.ssa Francesca Carimini che ha concluso l'incontro ponendo in relazione i molteplici punti oggetto di discussione attraverso una riflessione critica sull'esistenza di un diritto alla genitorialità.

Nel corso del convegno sono intervenuti anche la Dott.ssa Lilly Mingione, il Dott. Marco Li pomi e l'Avv. Sara Menichetti, i quali si sono soffermati rispettivamente: sul ruolo del consenso nelle pratiche di fecondazione assistita alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 24 luglio 2023, sulla PMA *post mortem* e sul ruolo dell'art. 8 CEDU in relazione all'identità del minore nato da PMA.

Degna di nota, da ultimo, l'autorevole presenza del Prof. Jose Ramon De Verda y Beamonte, Professore ordinario di diritto civile presso l'Università di Valencia che, discutendo delle nuove frontiere della genitorialità nell'esperienza spagnola, ha posto in luce interessanti punti di contatto tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano.

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Mario Donatiello, Mario Rafaniello e Bruno Picierno

Giornata di studio del Dipartimento di Scienze Politiche presso le Catacombe di San Gennaro*

1. *Introduzione all'iniziativa*

La costruttiva sinergia tra il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "Luigi Vanvitelli" e la Cooperativa "La Paranza" ha permesso la realizzazione di un'interessante giornata di studio svoltasi il 19 dicembre 2023 presso i circuiti turistici offerti dal noto Rione Sanità di Napoli. L'iniziativa, accolta con entusiasmo dal direttore del Dipartimento, il Prof. Francesco Eriberto d'Ippolito, ha concluso con una lezione nel capoluogo campano il corso magistrale di "Strumenti internazionali e politiche europee per lo sviluppo globale del turismo"[1], tenuto dal Prof. Aldo Amirante, docente di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea presso il Dipartimento medesimo. L'idea è nata dalla volontà di offrire sia agli studenti e alle studentesse del suddetto corso, sia ai frequentanti il corso triennale di Scienze del Turismo, l'opportunità di poter interagire con un progetto di acclarato successo per quanto concerne la rivalutazione economica e sociale di una parte storicamente importante della città di Napoli e in passato sottoposta a sfide come la povertà educativa, l'elevata disoccupazione e la carenza di investimenti da parte delle Istituzioni. Scopo della giornata, pertanto, è stato di poter offrire alla platea studentesca un confronto diretto tra la parte teorica, appresa in aula, e un caso pratico di sana gestione di un bene culturale connotato da una forte identità territoriale.

* I tre paragrafi componenti il lavoro sono stati redatti rispettivamente da Mario Donatiello, Mario Rafaniello e Bruno Picierno.

[1] Cfr. *Corso di Laurea Magistrale in Progettazione e Gestione dei Sistemi Turistici*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.scienzepolitiche.unicampania.it/didattica/corsi-di-studio/magistrale-in-progettazione-e-gestione-dei-sistemi-turistici*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

La giornata di studio è stata aperta da una lezione introduttiva a più voci che ha consentito agli studenti e alle studentesse di approfondire alcuni aspetti di questo modello di gestione nonché del diritto internazionale del turismo. Il Prof. Aldo Amirante, consapevole dell'importanza nell'offerta formativa di attività sul campo per i futuri operatori del settore turistico, ha posto l'accento sull'azione della Cooperativa partenopea come chiaro esempio di *best practice* per la valorizzazione dei beni culturali. Si è evidenziato, tra l'altro, come tale caso di studio possa inquadrarsi nel più ampio contesto della riqualificazione economico-turistica del Sud Italia. A tal proposito, il docente ha proseguito trattando magistralmente temi riguardanti il settore turistico, tra cui i principi contenuti nell'art. 195 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[2] in armonia con le molteplici nozioni analizzate durante le lezioni universitarie, offrendo agli appassionati e partecipi studenti un'esperienza viva e tangibile.

Successivamente, l'intervento del dott. Mario Rafaniello, dottorando di ricerca presso il Dipartimento, ha completato questa fase didattica iniziale avviata dal Prof. Amirante. Nello specifico, la discussione ha illustrato i principi della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società (c.d. Convenzione di Faro) e le ricadute positive per la collettività derivanti da esempi virtuosi di gestione delle risorse culturali, ad integrazione di quanto precedentemente discusso durante alcune lezioni del corso, di cui una parte tenute dallo stesso Rafaniello insieme all'Avv. Bruno Picierno, anch'egli dottorando del Dipartimento e parte attiva dell'organizzazione della giornata di studi. In merito alla Convenzione poc'anzi citata, la cui nascita risale al 2005, è stato sottolineato come nelle intenzioni del Consiglio d'Europa vi sia la determinazione nel mettere al centro della gestione dei beni culturali la società intesa più strettamente come "persone". Sono quest'ultime, infatti, ad essere destinatarie di una serie di obblighi e diritti in merito, e non solo gli Stati parte della Convezione. Succintamente, il testo solenne, oltre a promuovere

[2] Art. 195.1 TFUE: «L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche».

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

una comprensione più ampia del patrimonio culturale e della sua relazione con le comunità e la società, incoraggia il riconoscimento del fatto che tale patrimonio assume importanza anche per i significati, gli usi e i valori che le persone attribuiscono a questo o a quel bene[3].

2. *La rinascita del Rione Sanità di Napoli*

In seguito agli interventi appena descritti, le conclusioni sono state affidate al dott. Mario Donatiello, socio fondatore della cooperativa "La Paranza" nonché anch'egli dottorando del Dipartimento, il quale ha fornito un esaustivo approfondimento della struttura giuridica e sociale della rete di cooperative e associazioni che stanno rivitalizzando l'intera area della Sanità. Questo modello di gestione "dal basso", messo in atto dalla Cooperativa, dalla Diocesi di Napoli e dalla Pontificia Commissione di Archeologia Sacra (cui è riservata la disponibilità delle Catacombe d'Italia ai sensi dell'art. 33 dei Patti Lateranensi)[4], è stato persino oggetto di studio a livello nazionale e internazionale e vanta numerosi riconoscimenti (alcuni di questi sono citati in conclusione del lavoro)[5].

La Cooperativa nasce nel 2006 dall'iniziativa di un gruppo di ragazzi della Parrocchia Santa Maria della Sanità, guidati da padre Antonio Loffredo. Prima di questa autentica "rinascita", la Sanità era tristemente nota per essere considerata una "periferia al centro della città"[6].

[3] Cfr. Consiglio d'Europa, Convenzione Faro, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.coe.int/it/web/venice/faro-convention*.

[4] Per un approfondimento cfr. *La Pontificia Commissione di Archeologia Sacra*, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.catacombeditalia.va/content/archeologiasacra/it/la-commissione.html*.

[5] Per alcuni esempi cfr. D. Marrazzo, *Rione Sanità e catacombe da «buco nero» a faro per il Mezzogiorno*, in *ilsole24ore.com*, 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ilsole24ore.com/art/rione-sanita-e-catacombe-buco-nero-faro-il-mezzogiorno-AEtSzbP*; M. Stratton, *RaisingNaples: how the catacombs of saintstransformed Sanità*, in *theguardian.com,* 2021, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.theguardian.com/travel/2021/nov/09/naples-sanita-walking-tours-catacombs-italy*.

[6] Cfr. *Catacombe di San Gennaro a Napoli, 10 anni di rinascita con «La Paranza»*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ilmattino.it/noi/catacombe_san_gennaro_napoli_paranza-4885609.html*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Adagiato ai piedi della collina di Capodimonte, il quartiere ha patito nel corso del XIX secolo scelte urbanistiche poco lungimiranti[7] che, di fatto, condannarono per lungo tempo i suoi abitanti ad una sorta di isolamento dal resto della città. Donatiello, inoltre, ha spiegato come negli anni immediatamente precedenti alla fondazione della Cooperativa, la Sanità fosse stata teatro di diversi atti di camorra, i quali non fecero altro che gettare ancor di più nello sconforto le persone del posto. Tuttavia, fu proprio a seguito di questi eventi criminosi che si procedette alla messa in disponibilità delle chiese ormai dismesse all'interno del territorio parrocchiale al fine di accogliere molteplici attività mirate alla cura delle persone stesse così come laboratori di musica, di teatro e progetti per l'educazione e formazione. In sostanza, furono questi i primi passi concreti per sviluppare un modello di gestione "alternativo" delle Catacombe di Napoli, in grado di richiamare visitatori, creare posti di lavoro e mettere in rete questi siti di interesse con le maggiori attrattive dell'area collegata alla collina di Capodimonte (come il Museo Archeologico Nazionale di Napoli e il Museo di Capodimonte, per esempio).

Altro tassello fondamentale fu, nel 2007, la firma di un protocollo d'intesa tra la Regione Campania, il Comune di Napoli e la Chiesa locale, avente ad oggetto la valorizzazione della collina di Capodimonte e del Rione Sanità attraverso le risorse culturali e monumentali[8]. Al termine della lezione *in loco* gli studenti sono stati accompagnati dai rappresentati della Cooperativa all'interno delle suggestive Catacombe di San Gennaro per poi proseguire con le visite alla Basilica di Santa Maria della Sanità e alla Chiesa di San Severo, fino alla Chiesa dei Crociferi, che oggi ospita lo Jago Museum[9]. Nell'arco dell'intera

[7] Il riferimento è al "Ponte della Sanità" che avrebbe unito la Reggia di Capodimonte e il centro di Napoli, i cui lavori cominciarono a inizio Ottocento con Giuseppe Bonaparte e continuarono con Gioacchino Murat. Una migliore viabilità fu il prezzo pagato dalla Sanità, "tagliata" fuori dal centro città proprio dal Ponte. Cfr. *Rione Sanità*, disponibile *online* all'indirizzo *https://catacombedinapoli.it/it/luoghi/informazioni-rione-sanita-napoli/*.

[8] Cfr. Bollettino Ufficiale Della Regione Campania - N. 10 del 12 febbraio 2007, disponibile *online* all'indirizzo *http://www.sito.regione.campania.it/burc/pdf07/burc10or_07/del2235_06.pdf*.

[9] Cfr. C. Sannito, *Jago: "Apro il mio laboratorio d'arte nel rione Sanità"*, in *repubblica.it*, 2020, disponibile *online* all'indirizzo *https://napoli.repubblica.it/cro-*

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

visita al circuito turistico del Rione Sanità, Donatiello ha anche chiarito come sia stato possibile costruire un modello di successo secondo schemi e principi basati proprio sulla formazione e il coinvolgimento della collettività. L'obiettivo perseguito – e raggiunto – è stato realizzare un'esperienza basata su una prospettiva di economia circolare e rigenerativa la quale, enfatizzando i valori sociali e culturali della comunità, possa garantire soddisfacenti livelli di partecipazione nei processi di trasformazione sociale e nella gestione dei beni culturali.

3. *Un successo "dal basso"*

Alla luce di quanto descritto, il progetto offerto dalla cooperativa "La Paranza" ha permesso agli studenti e alle studentesse di confrontarsi con un caso pratico di valorizzazione *bottom up* del patrimonio culturale, in particolare quello del complesso delle Catacombe di Napoli. L'importanza socioeconomica di queste è dovuta non solo all'indubbio valore storico-artistico ma, soprattutto, a ciò che esse rappresentano per l'intera città di Napoli e per la Sanità. Quest'ultima ha dovuto fronteggiare, come accennato, in un recente passato una situazione ostica: altissima densità abitativa, elevato tasso di abbandono scolastico e un'allarmante disoccupazione giovanile. Sicché, questo modello, in linea con i principi di Faro, ha messo al centro gli stessi abitanti, direttamente coinvolti nella gestione di un bene e con felici ricadute sul benessere del territorio. Ad esempio, la promozione del turismo culturale può generare entrate economiche per la comunità attraverso l'ospitalità, i servizi turistici, l'artigianato locale e altre attività connesse. L'impegno dei ragazzi e delle ragazze de "La Paranza", infatti, ha portato progressivamente il Rione ad avere una fama globale, attirando una media di oltre 200mila visitatori l'anno (in confronto alle poche migliaia di circa vent'anni fa)[10].

naca/2020/02/06/news/jago_apro_il_mio_laboratorio_d_arte_nel_rione_sanita_napoli-247787839/.

[10] Cfr. *Catacombe di Napoli, raggiunto il traguardo dei 200.000 visitatori in un anno*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.rainews.it/tgr/campania/articoli/2022/12/catacombe-di-napoli-raggiunto-il-traguardo-dei-200000-visitatori-in-un-anno-c6b8cac0-466f-4e8e-9524-691413ed6133.html*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Altri elementi di successo si registrano per quanto riguarda la citata povertà educativa e il lavoro: ad oggi l'intero progetto ha garantito un impiego stabile a più di 60 persone, coinvolte con vari ruoli e mansioni nel circuito turistico delle Catacombe attraverso percorsi di imprenditorialità in cooperativa[11]. Molti di questi ragazzi, proprio grazie alla Cooperativa, hanno avuto modo di riprendere o completare gli studi, diventando tra l'altro essi stessi formatori e guide per i più giovani. In altre parole, quella illustrata è una vera rivoluzione culturale che ha riscattato la Sanità dall'isolamento e che si pone come un esempio da seguire per realtà simili: non a caso si parla in maniera positiva di un "Sistema Sanità", discutendo sulla replicabilità dello stesso in altre aree del Meridione (e non solo) sofferenti problematiche affini. La valorizzazione e la promozione del patrimonio culturale, si ritiene, possono certamente contribuire a rafforzare l'identità – e l'autostima – di una comunità, preservandone la memoria, le tradizioni e le pratiche. Le esperienze di gestione del patrimonio culturale dal basso possono, dunque, favorire un senso di appartenenza e di "orgoglio", promuovendo la coesione sociale e contribuendo allo sviluppo collettivo.

Infine, a dimostrazione, inoltre, della vocazione anche internazionale del progetto, il caso de "La Paranza" e delle Catacombe di Napoli è presente tra le 60 migliori pratiche nel catalogo "*Cultural Heritage in Action*" dell'Unione Europea[12]. Altro prestigioso riconoscimento conferito alla Cooperativa, nel 2022, è stato l'"*European Heritage Award*/ Europa Nostra *Award* 2022" nella categoria "*Heritage Champion*"[13]. I riconoscimenti europei hanno permesso di far

[11] Cfr. D. Marrazzo, *Modello Rione Sanità, la criminalità minorile si combatte creando alternative: il patto fra scuola e Terzo settore*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ilsole24ore.com/art/modello-rione-sanita-criminalita-minorile-si-combatte-creando-alternative-patto-scuola-e-terzo-settore-AFeTBWp*.

[12] Questa iniziativa, risalente al marzo 2023, ha lo scopo di fornire alle città e alle regioni d'Europa linee d'indirizzo e casi esemplari per affrontare le principali sfide della contemporaneità: la disuguaglianza e l'esclusione sociale, la rapida urbanizzazione, i cambiamenti nei sistemi di *governance* e il cambiamento climatico. Cfr. *The catacombs of Naples* disponibile *online* all'indirizzo *https://culturalheritageinaction.eu/the-catacombs-of-naples/*; cfr. *Il Rione Sanità consegna all'Unesco un profondo senso di Umanità*, disponibile online all'indirizzo *https://www.vita.it/vita-a-sud/il-rione-sanita-consegna-allunesco-un-profondo-senso-di-umanita/*.

[13] Gli *European Heritage Awards/Europa Nostra Awards* sono stati lancia-

ISBN 978-88-495-5539-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

conoscere maggiormente all'estero le peculiarità di questo processo di rigenerazione innescato da "La Paranza", favorendo l'interesse verso tale metodo di cooperazione sociale. Questo percorso ha portato il Rione Sanità ad essere "Residenza Europea" tra il 13 e il 18 marzo 2023[14], ospitando giovani (come urbanisti, storici dell'arte, archeologi, project manager, ecc.) provenienti da tredici paesi diversi, interessati ad esplorare e studiare il "metodo Sanità".

ti nel 2002 dalla Commissione Europea e da allora sono gestiti da Europa Nostra, una ONG fondata nel 1963 e strutturata come una federazione pan-europea per il patrimonio culturale. Cfr. *La Paranza Cooperative*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.europeanheritageawards.eu/winners/la-paranza-cooperative/*.

[14] ANSA, *Napoli, a marzo Rione Sanità Residenza Ue Patrimonio Culturale*, disponibile *online* all'indirizzo *https://www.ansa.it/sito/notizie/cultura/arte/2023/01/23/napoli-a-marzo-rione-sanita-residenza-ue-patrimonio-culturale_8263af94-b3ae-4198-a9d9-0d47e26a5344.html*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5539-4

Napoli 2023

872405224E

ISBN 978-88-495-5539-4