

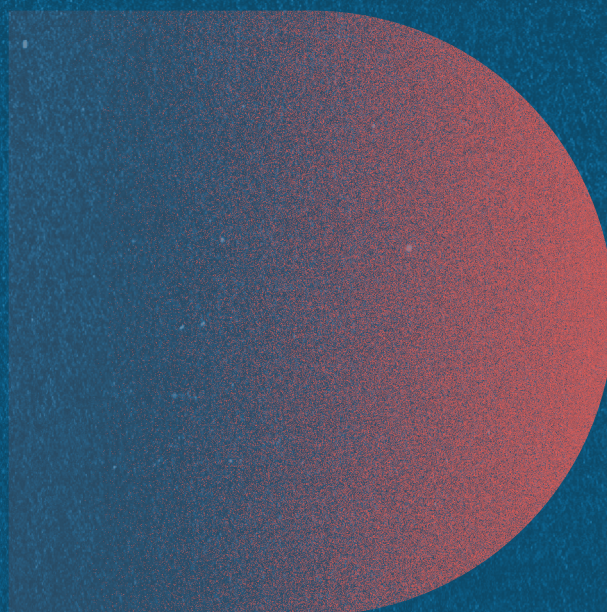
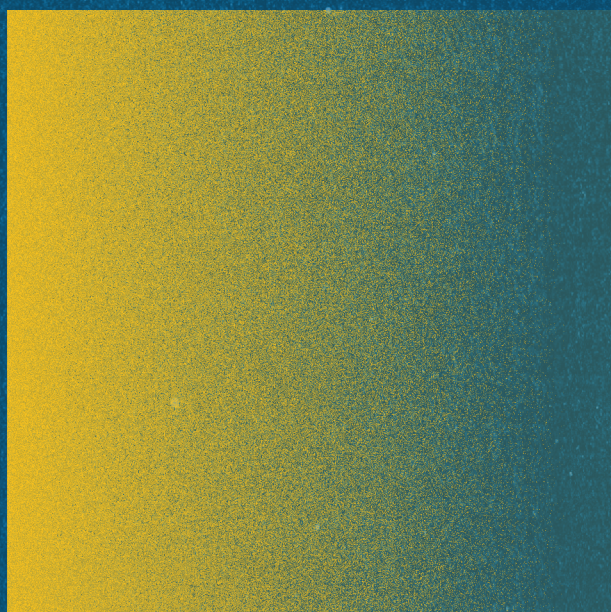
LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 2974-5640

2023 1

autorità | libertà



GENERAL INFORMATION

La Nuova Giuridica - Florence Law Review is a student-run, peer-reviewed, open access journal published by the University of Florence, Department of Legal Studies. The Journal is published twice a year (all year around).

Publication number E-ISSN 2974-5640. The Journal is hosted and maintained by OJS/PKP.

ADDRESS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review
c/o University of Florence, Department of Legal Studies

Via delle Pandette, 32

50127 Firenze (Italy)

Email

lanuovagiuridica@giurisprudenza.unifi.it

Website

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica/index>

SUBMISSIONS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review welcomes submissions of articles, essays, and book reviews. Contributors are invited to submit their pieces via online form.

Please visit our website for further information.



Scientific Board

Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Paola Lucarelli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	University of Florence
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof. Irene Stolzi	University of Florence
Prof. Simone Torricelli	University of Florence
Prof. Giuseppe Guizzi	University of Rome “Tor Vergata”
Prof. Alfons Aragoneses	University of Barcelona
Prof. Andrea Schneider	Yeshiva University
Prof. Michal Alberstein	University of Tel-Aviv
Prof. Filippo Danovi	University of Milan-Bicocca
Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Prof. Andrea Biondi	King’s College
Prof. Filippo Valguarnera	University of Gothenburg
Prof. Michele Graziadei	University of Turin
Prof. Sebastian Martin	University of Seville
Prof. emeritus Pietro Costa	University of Florence
Prof. emeritus and President emeritus of the Italian Constitutional Court	
Paolo Grossi†	University of Florence
Prof. emeritus Francesco Carlo Palazzo	University of Florence
Prof. emeritus Domenico Sorace	University of Florence
Prof. emeritus Vincenzo Varano	University of Florence
Prof. emeritus Giuseppe Vettori	University of Florence

Editorial Team

Editor-in-chief

Prof. Irene Stolzi University of Florence

Direttore responsabile

Avv. Giampaolo di Marco

Managing editors

Irene Ceccatoni (founding member)	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Florence
Ginevra Detti (founding member)	University of Florence
Federico Fidanza	University of Florence
Giulia Lari (founding member)	University of Florence
Lapo Montelatici (founding member)	University of Florence
Giacomo Sequi	University of Florence
Francesco Maria Simoncini (founding member)	University of Rome “La Sapienza”
Francesco Saverio Tavaglione	University of Florence/University of Liège
Lorenzo Tazzini (founding member)	University of Florence

Editorial Board

Irene Stolzi (member by right)	University of Florence
--------------------------------	------------------------

Administrative and tax law

Journal editor - Giacomo Sequi	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Ricci	University of Tuscia
Bruno Ballerini	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Florence

Criminal law

Journal editor - Giulia Lari	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Tazzini	University of Florence
Ginevra Detti	University of Florence
Alessandra Rossi	University of Florence
Federico Valente Bagattini	University of Florence

Constitutional, EU and international law

Journal editor - Lapo Montelatici	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Nencini	University of Florence/ University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Duccio Bongiovanni	University of Florence
Pietro Chiarelli	University of Florence/ University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Giacomo Chiti	University of Florence/ University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Giulia Marongiu	University of Florence
Dior Anna Ndiaye	University of Florence
Hellen Stravino	University of Florence

Private Law

Journal editor - Federico Fidanza	University of Florence
Vice journal editor - Elisa Verdelli	University of Florence
Camilla Freda	University of Florence
Camilla Furia	University of Florence
Ermelinda Kurtulaj	University of Florence
Edoardo Zanasi	University of Florence
Francesco Maria Simoncini	University of Rome “La Sapienza”

History and philosophy of law

Journal editor - Irene Ceccatoni	University of Florence
Vice journal editor - Francesco Saverio Tavaglione	University of Florence/University of Liège
Lara Fusi	University of Florence
Matteo Giuliani	University of Florence
Lorenzo Marotta	University of Florence
Matteo Paolanti	University of Florence

INDICE

Editoriale..... I

*

A. ADINOLFI, <i>Il ruolo dell'Ue nella diffusione dei diritti fondamentali in Stati terzi: strumenti vincolanti e adeguamento "spontaneo" agli standard dell'Unione.....</i>	1
A. GORGONI, <i>Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....</i>	23
S. STACCA, <i>L'individuo al cospetto del potere disciplinare.....</i>	49
A. PESCAROLO, <i>Il lavoro nella Costituzione: fonte della cittadinanza o sfera preclusa?.....</i>	76

*

A. GANZAROLI, <i>Esseri umani in rete. Liberi utenti informatici o deboli consumatori?.....</i>	110
M. PAOLANTI, <i>Nulla salus extra bollam: il principio del pluralismo informativo nell'epoca delle echo chambers.....</i>	121
L. TOMBELLI, <i>Prova incostituzionale e tabulati telefonici. Tra garanzie, diritti ed innovazioni tecnologiche.....</i>	131

Spazio aperto

V. VARANO, <i>Mauro Cappelletti. Maestro fiorentino aperto al mondo.....</i>	144
--	-----

AUTORITÀ | LIBERTÀ

Dopo aver approfondito, nei primi due numeri de *La Nuova Giuridica*, i temi di “comunità” e “persona”, dedichiamo la terza uscita della Rivista a una relazione decisiva anche per la riflessione giuridica: quella fra autorità e libertà.

Esiste anzitutto, per dirla con Capograssi, una chiave di lettura «esteriore»¹ di questo binomio. Autorità come potere², *imperium*, cioè capacità di incidere e determinare la vita delle persone³. Libertà, all’opposto, sarebbe da intendere come “zona franca”, riparata dagli interventi dell’autorità, tendenzialmente inaccessibile allo stesso potere.

La relazione fra questi due poli, secondo tale prospettiva, risponderebbe a un principio simile a quello dei vasi comunicanti: maggiore è il peso dell’autorità, minore è la sfera di libertà degli individui, e viceversa.

Quando il giurista avvicina lo studio di questa relazione dalla prospettiva indicata si pone, in larga misura, entro i confini dell’ordinamento vigente, domandandosi quale equilibrio fra questi poli sia disegnato dal diritto positivo, e in che misura la *forza effettiva* di uno di essi riesca a comprimere l’altro, alterando di fatto gli equilibri tracciati dallo *ius positum*. A questo ordine di valutazioni se ne aggiunge un altro, non meno importante, che implica una valutazione di tipo critico e prospettico, cui anche il giurista è chiamato, e che gli chiede di valutare le scelte sottese agli assetti regolativi esistenti e di immaginare, eventualmente, diverse forme di relazione e bilanciamento tra i due poli.

Il rapporto fra autorità e libertà, tuttavia, può leggersi anche muovendo da un osservatorio, per così dire, «interiore»⁴, che guardi all’*essenza* di queste idee. In tale ottica, il terreno per il giurista diviene particolarmente sfidante e talora terribilmente incerto. Autorità, è stato notato, origina dal latino *auctor*, che rimanda al verbo *augere*, cioè “far crescere”, “far prosperare”⁵. Non è un caso che, in diritto romano, *auctoritas* designasse anche la capacità del tutore di integrare, di “espandere”, la volontà del minore, consentendo agli atti compiuti da questo di sortire effetti⁶. Così, il compito dell’autorità è prima di tutto – interiormente, appunto – *educativo*. E l’autorità, più che essere luogo dove si generano impulsi direzionali sulla vita delle persone, è *memento* dell’istanza di realizzazione e

¹ L’espressione è di G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull’autorità e la sua crisi*, Lanciano, 1921, rist. Milano, 1977, p. 70, che contrappone a questo volto dell’autorità un volto «interiore».

² In questo senso, potere è da intendere non solo come potere giuridico in senso stretto, ma anche come potere politico, economico, culturale.

³ Sulla nascita della concezione che coglie nell’autorità una mera *potestas*, v. M. MAGATTI, M. MARTINELLI, *La porta dell’autorità*, Milano, 2021, p. 33 ss.

⁴ CAPOGRASSI, *Riflessioni sull’autorità*, cit., p. 71.

⁵ MAGATTI, MARTINELLI, *La porta dell’autorità*, cit., p. 16.

⁶ Ivi, p. 34.

compimento di sé che alberga in ogni essere umano; ed è *imperium* solo come *extrema ratio*, quando l'individuo disattende queste sue aspirazioni⁷. E si spiega come l'autorità abbia sede anzitutto all'interno della persona stessa (nella coscienza, primo luogo dove compare questo richiamo al compimento di sé), poi, via via, nell'ambiente familiare, nelle formazioni sociali ove essa vive, e in ultima istanza nello Stato.

Seguendo tale linea di pensiero, la conflittualità fra autorità e libertà dovrebbe, almeno in teoria, diminuire notevolmente. Non si tratta, peraltro, di un riferimento limitabile al solo pensiero giuridico romano. L'intera modernità giuridica solca e problematizza questo nesso. L'invenzione del sovrano, dalla riflessione giusnaturalistica in avanti, insiste infatti sulla necessità del sovrano stesso quale condizione della convivenza, sia che, hobbesianamente, gli venga attribuito il compito di creare un ordine che gli uomini non sono in grado di darsi, sia che, alla Locke, gli venga attribuito il compito di tutelare e consolidare un insieme di diritti e libertà che spettano agli individui per natura e che nessun potere può conculcare. Del pari, i riferimenti – cui si accennava poco sopra – a processi di introiezione dell'autorità, intesa non come limite esteriore ma come forza propulsiva dei comportamenti individuali, può assumere inflessioni molto diverse: può, in particolare, sostenere visioni dell'autorità sensibili a profili di partecipazione (l'autorità non come altro da sé, ma come parte di sé), come può prestarsi a fondare le più coerenti e implacabili concezioni totalitarie del potere. Di un potere che, appunto, non si appaga di esercitare una sorveglianza meramente esteriore sui soggetti, ma aspira a trasformarli, a conquistarne l'anima e a modellarne la stessa interiorità.

E infine: la relazione tra libertà e autorità può collocarsi nel solco tracciato dalle democrazie del secondo dopoguerra, nate anche dal tentativo di conciliare la presenza di uno Stato 'non minimo', che si assume, come tale, importanti compiti di intervento sociale ed economico, con una idea di libertà che non valorizza solo e tanto le zone franche, ma la vocazione attiva, partecipativa, della libertà stessa. Con la conseguenza che

«i diritti di libertà non devono [...] concepirsi, in regime democratico, come il recinto di filo spinato entro cui il singolo cerca scampo contro gli assalti della comunità ostile, ma piuttosto come la porta che gli consente di uscir dal suo piccolo giardino sulla strada, e di portare da lì il suo contributo al lavoro comune: libertà, non garanzia di isolamento egoistico, ma garanzia di espansione sociale»⁸.

Ovviamente, la profondità della relazione fra autorità e libertà non può essere neppure minimamente sondata in queste poche righe. Confidiamo, però,

⁷ Sul rapporto fra autorità e forza v. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità*, cit., p. 53 ss.

⁸ P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione alla rist. di F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, ripubblicato in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, vol. III, p. 183 ss.

che gli scritti che oggi pubblichiamo possano contribuire alla riflessione su un rapporto imprescindibile per la vita delle società e quindi del diritto.

Aprire la pubblicazione uno scritto di Adelina Adinolfi sul tema dell'influenza dell'Unione europea nella diffusione della tutela dei diritti fondamentali della persona in Stati terzi. Dal quadro che emerge, la libertà dell'individuo esce rafforzata dal "gioco" virtuoso dei rapporti fra differenti autorità (quella europea e gli Stati terzi). Antonio Gorgoni approfondisce i rapporti conflittuali che corrono fra autorità e libertà a proposito delle più rilevanti questioni bioetiche. Serena Stacca, invece, analizza i nessi che legano potere disciplinare e libertà del soggetto appartenente alla comunità entro cui tale potere si manifesta. Segue uno scritto di Alessandra Pescarolo sul rapporto fra lavoro e donne, dalla Costituzione alle riforme del diritto di famiglia degli anni '70, nel quale si denunciano letture in chiave autoritaria dell'istituzione-famiglia, spesso oppressive nei riguardi della libertà della donna. Matteo Paolanti e Alessia Ganzaroli, poi, approfondiscono il rapporto fra le "nuove" autorità, i nuovi centri di potere del XXI secolo, le c.d. *Big Tech*, e le libertà dell'utente nel mondo della rete. Infine, Lorenzo Tombelli indaga, non senza notazioni critiche, il difficile equilibrio fra libertà dell'indagato e poteri dell'autorità inquirente, quando quest'ultima ricorra al mezzo di ricerca della prova dei tabulati telefonici.

Chiudiamo il terzo numero della Rivista con il ricordo, a firma del Professor Enzo Varano, di Mauro Cappelletti, Maestro della facoltà giuridica fiorentina, capofila di un nuovo modo di fare ricerca in materia processuale e comparata, e anch'egli studioso attento dei rapporti, spesso conflittuali, fra autorità e libertà⁹.

Irene Ceccatoni
Natalia Cecconi
Ginevra Detti
Federico Fidanza
Giulia Lari
Lapo Montelatici
Giacomo Sequi
Francesco Maria Simoncini
Francesco Saverio Tavaglione
Lorenzo Tazzini

⁹ Basti ricordare il classico lavoro *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, spec. pp. 148-149 e 160-161.

IL RUOLO DELL'UE NELLA DIFFUSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI
IN STATI TERZI: STRUMENTI VINCOLANTI E ADEGUAMENTO
"SPONTANEO" AGLI STANDARD DELL'UNIONE

ADELINA ADINOLFI*

Il Trattato dell'UE prevede che l'Unione debba promuovere i propri valori nelle relazioni con i Paesi terzi al fine di consolidare e sostenere il rispetto dei diritti umani. Questo ruolo è svolto dall'Unione mediante una varietà di strumenti che, fondandosi sulla rilevanza del mercato interno e sui meccanismi della politica commerciale comune, stabiliscono regole (in accordi o atti normativi) volte a promuovere il rispetto dei diritti umani e a contrastarne le violazioni. Nella prassi recente, a questi meccanismi di natura vincolante si accompagnano dinamiche di natura "spontanea" che favoriscono la diffusione in Stati terzi degli standard di tutela dei diritti fondamentali accolti dall'Unione. L'articolo si propone una ricognizione delle diverse modalità attraverso le quali avviene tale diffusione, considerando sia i comportamenti posti in essere da soggetti privati, sia i fattori che possono favorire l'adozione in Stati terzi di soluzioni normative che ricalcano il modello europeo di regolazione. È infine rilevata una (emergente) tendenza dell'Unione a costruire, in alcuni ambiti strategici, un proprio ruolo di regolatore globale, sia entrando nella competizione normativa con i Paesi leader nello sviluppo tecnologico, sia facendo ricorso a strumenti di cooperazione e di dialogo politico con Stati terzi e nell'ambito di organizzazioni internazionali.

The EU Treaty requires the Union to promote its values in the relations with third countries to consolidate and support respect for human rights. This role is performed by the Union through a set of different tools which, grounding on the relevance of the internal market and on the mechanisms of the common commercial policy, establish rules (through international agreements or legislation) aimed at promoting respect for human rights and combating violations of the same. In recent practice, these tools having binding force are complemented by new paths of a "spontaneous" nature which favor the diffusion in third countries of the standard of protection of fundamental rights accepted by the Union. The article proposes a survey of the different ways in which this diffusion takes place, considering both the behaviors put in place by private

* Professoressa di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Firenze.

subjects and the factors that can favor the adoption of regulatory solutions that follow the European regulatory model. Finally, the article detects an (emerging) tendency for the Union to build, in some strategic areas, its own role as a global regulator, both by entering into regulatory competition with the leading countries in technological development, and by resorting to policy dialogue and cooperation instruments with third countries and within international fora.

SOMMARIO: 1. Strumenti di promozione dei diritti fondamentali e forme emergenti di influenza indiretta degli standard di tutela dell'Unione. – 2. Le attività dell'Unione volte (in modo diretto) alla promozione dei diritti umani. – 2.1. Gli strumenti di natura politica e di sostegno finanziario. – 2.2. Gli strumenti di natura convenzionale: le clausole sul rispetto dei diritti umani e la condizionalità. – 2.3. La promozione del rispetto dei diritti fondamentali mediante le regole sulle preferenze tariffarie. – 3. I requisiti posti da atti normativi e da principi sulla responsabilità delle imprese europee volti ad evitare violazioni dei diritti umani per attività condotte in Stati terzi. – 4. Gli obblighi delle imprese di Stati terzi che operano sul mercato europeo e il cd. “effetto Bruxelles”. – 5. L'incidenza del diritto dell'Unione rispetto agli atti normativi adottati da Stati terzi. – 6. L'Unione europea come regolatore globale? Alcuni sviluppi recenti nell'area delle nuove tecnologie e della tutela ambientale.

1. *Strumenti di promozione dei diritti fondamentali e forme emergenti di influenza indiretta degli standard di tutela dell'Unione.* – Il Trattato sull'Unione europea (TUE), prevedendo che «nelle relazioni con il resto del mondo» l'Unione deve affermare e promuovere i propri valori, indirizza l'attività che le istituzioni conducono nei rapporti con i Paesi terzi verso un obiettivo di diffusione dei diritti umani e dei principi dello Stato di diritto (art. 3, par. 5, e art. 21, par. 1, TUE). Il ruolo dell'Unione in tale ambito è precisato indicando che essa deve operare sul piano internazionale al fine di «consolidare e sostenere i diritti dell'uomo e i principi di diritto internazionale» (art. 21, par. 3, TUE). L'attività a tal fine condotta si esplica attraverso una varietà di strumenti volti espressamente alla promozione dei diritti fondamentali, quali, tra gli altri, i programmi di finanziamento per il sostegno della transizione democratica e le clausole sul rispetto dei diritti umani contenute in numerosi accordi conclusi dall'Unione con Stati terzi. Emergono, tuttavia, dalla prassi recente, anche forme di influenza indiretta degli standard europei di tutela dei diritti fondamentali, che possono ricondursi ad un fenomeno di tipo “spontaneo” derivante dalle dinamiche di funzionamento del mercato interno. Tale fenomeno può risultare, in prima approssimazione, sia da atti dell'Unione utilizzati come modello di riferimento per sviluppi normativi in ordinamenti di Paesi terzi, sia dalla diffusione degli standard europei di tutela dei diritti fondamentali ai quali gli operatori economici extraeuropei devono conformarsi per accedere al mercato interno di beni e servizi.

Le iniziative volte a promuovere i diritti umani in Stati terzi sollecitano il rispetto, attraverso una varietà di meccanismi di natura politica o giuridica, di strumenti internazionali di carattere universale o, più specificamente, di

convenzioni aventi rilevanza per i Paesi terzi ai quali le iniziative stesse si rivolgono. Un elemento caratterizzante delle emergenti forme di influenza indiretta del diritto dell'Unione è, invece, la loro capacità di diffondere gli standard di tutela dei diritti fondamentali propri dell'Unione, configurandosi, perciò, come una sorta di “esternalizzazione” dei valori sui quali questa si fonda. Una ricognizione relativa alle diverse forme attraverso le quali si realizza l'influenza indiretta degli standard europei di tutela consente, quindi, di rilevare la capacità espansiva che, attraverso di esse, gli standard presentano nella diffusione dei peculiari valori fondanti dell'Unione.

Il presente scritto, dopo aver sinteticamente ricostruito le tecniche utilizzate per promuovere, con strumenti specificamente volti a tal fine, il rispetto dei diritti umani nelle relazioni esterne, si propone di individuare le modalità attraverso le quali può manifestarsi un'influenza indiretta del diritto dell'Unione sugli standard di tutela dei diritti fondamentali in Stati terzi. Si tenterà, su tale base, di individuare le diverse dinamiche mediante le quali, nella prassi, l'Unione può contribuire alla diffusione al di fuori dei propri “confini” dei diritti fondamentali da essa riconosciuti.

Tale indagine, senza alcuna pretesa di tracciare un quadro esaustivo delle numerose attività che l'Unione pone in essere al fine di promuovere il rispetto dei diritti umani in Stati terzi¹, si propone di individuare le tecniche e gli strumenti che contribuiscono alla diffusione degli standard europei di tutela muovendosi soprattutto lungo due linee di analisi. La prima tiene conto della ricostruzione teorica, elaborata nel 2020, sinteticamente indicata come “effetto Bruxelles”²; tale espressione, sia pure con una definizione non univoca, vuole rappresentare l'influenza che il diritto dell'Unione produce al di fuori del proprio ambito applicativo attraverso il comportamento delle imprese che tendono ad adeguarsi, in via generale, alle regole che esse sono tenute a rispettare per poter operare sul mercato interno europeo. La seconda linea di analisi considera la capacità dell'Unione di svolgere – in modo indiretto o attraverso strategie politiche a tal fine mirate - un ruolo di regolatore globale nel contesto mondiale diffondendo,

¹ In particolare, lo scritto considererà solo l'incidenza relativa alla tutela dei diritti fondamentali e non anche agli altri valori dell'Unione enunciati dall'art. 2 TUE, quali i principi dello Stato di diritto. Non saranno perciò considerate le azioni svolte in Stati terzi che possono contribuire al rispetto dei principi dello Stato di diritto, come ad esempio l'invio di osservatori in occasione di consultazioni elettorali. Inoltre, non sarà oggetto di analisi, per le peculiarità che essa comporta, l'incidenza che, ai fini del rispetto dei diritti fondamentali, può derivare dalle sanzioni dell'Unione europea, come le misure adottate, nel quadro del regolamento 2020/1998, nei confronti di persone, entità e organismi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani o coinvolti o associati in tali atti.

² A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020. L'autrice descrive la capacità dell'Unione di “esternalizzare” le proprie regole in una varietà di settori (quali la concorrenza, la tutela dell'ambiente, la sicurezza alimentare, la privacy). In alcuni precedenti articoli l'autrice aveva iniziato a delineare tale teoria evidenziando come si stesse già manifestando un «unprecedented and deeply underestimated» potere di regolazione dell'Unione: EAD., *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, 2012, p. 1 ss., EAD., *Exporting standards: the externalization of the EU's regulatory power via markets*, in *International Review of Law and Economics*, 2015, p. 158 ss.

attraverso i propri strumenti normativi, gli standard di tutela dei diritti fondamentali ai quali questi ultimi danno espressione: un fenomeno recente che sembra interessare, in particolare, aspetti afferenti alla protezione dei dati, alla disciplina delle nuove tecnologie e alla sostenibilità ambientale.

2. *Le attività dell'Unione volte (in modo diretto) alla promozione dei diritti umani.*

2.1. *Gli strumenti di natura politica e il sostegno finanziario.* – Una prima ricognizione generale delle misure adottate dall'Unione con la finalità di favorire il rispetto dei diritti umani in Stati terzi porta a distinguere tra iniziative di carattere essenzialmente politico, basate su meccanismi riconducibili a strumenti di natura diplomatica o a programmi di sostegno finanziario, e tecniche aventi, invece, natura convenzionale.

Nell'ambito della prima tipologia, il dialogo politico costituisce, come si legge nelle Guidelines del 2021 relative a tale strumento³, «one of the main means of implementation of EU external human rights policy». Gli obiettivi e le modalità del dialogo sono attualmente enunciati nel piano d'azione sui diritti umani e la democrazia per il periodo 2020-2024⁴; si prevede che il dialogo verta su aspetti già presenti nei precedenti piani – come la libertà di espressione, la parità di genere, l'abolizione della pena di morte – e se ne introducono di nuovi, tra i quali il nesso tra diritti umani e tutela ambientale, la protezione dei diritti fondamentali rispetto alle nuove tecnologie, la responsabilità sociale delle imprese. Alcune funzioni sono attribuite al rappresentante speciale dell'UE per i diritti umani al quale spetta il compito, in base alla decisione istitutiva di tale organo, di «rafforzare l'efficacia, la presenza e la visibilità dell'Unione per la protezione e promozione dei diritti umani, in particolare approfondendo la cooperazione e il dialogo politico dell'Unione con i paesi terzi (...)»⁵. Ai fini di rendere più concreto il dialogo politico sono adottate delle *Guidelines* (attualmente tredici) di carattere tematico che tendono ad agevolare la discussione e a favorire il consenso degli Stati terzi in merito a un determinato diritto o principio.

Sul piano dell'azione concreta possono menzionarsi i programmi di finanziamento volti a sostenere la transizione democratica e il rispetto dei diritti

³ Consiglio dell'Unione europea, 22 febbraio 2021, Revised EU Guidelines on Human Rights Dialogues with Partner/Third Countries: reperibile in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6279-2021-INIT/en/pdf>, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁴ Action Plan on Human Rights and Democracy (2020-24), reperibile in https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁵ Decisione del Consiglio 2012/440/PESC del 25 luglio 2012 di nomina del rappresentante speciale dell'Unione europea per i diritti umani, art. 2, lett. a). Nella decisione si legge che il mandato è basato sugli obiettivi politici dell'Unione riguardo ai diritti umani come enunciati nel Trattato, nella Carta dei diritti fondamentali e nel piano strategico dell'Unione sull'azione dell'Unione per i diritti umani e la democrazia. Rileva ai fini dell'attuazione degli obiettivi del Piano d'azione anche il ruolo svolto dagli uffici di delegazione europea nei Paesi terzi.

fondamentali⁶; questi includono azioni non solo a beneficio dei paesi candidati (ossia, strumenti di pre-adesione)⁷, rispetto ai quali è evidente l'incidenza dei valori dell'Unione affinché siano soddisfatti gli obiettivi definiti durante i negoziati, ma anche di Stati terzi extraeuropei, attraverso finanziamenti destinati a particolari aree geografiche o a carattere generale. Al fine di razionalizzare i diversi interventi, il Regolamento 2021/947 ha istituito lo strumento di «vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale-Europa globale», volto a «sostenere e promuovere i valori, i principi e gli interessi fondamentali dell'Unione europea a livello mondiale al fine di perseguire gli obiettivi e i principi dell'azione esterna dell'Unione» (considerando 1). Particolare rilevanza riveste la partecipazione finanziaria dell'Unione a programmi globali di supporto dei diritti fondamentali in Paesi fragili, anche nel quadro delle Nazioni Unite. Ulteriori strumenti adottati nell'ambito della politica di cooperazione prevedono azioni che – pur non con questa precipua finalità – contribuiscono al rispetto di diritti fondamentali, come il diritto all'istruzione⁸ e alla salute⁹, anche attraverso il programma generale dell'Unione “Global gateway”¹⁰.

2.2. *Gli strumenti di natura convenzionale: le clausole sul rispetto dei diritti umani e la condizionalità.* – Tra gli strumenti di natura vincolante, l'attività di promozione dei diritti umani si esplica attraverso le clausole, inserite in numerosi accordi di varia natura (dagli accordi commerciali, a quelli di associazione, di partenariato e di cooperazione allo sviluppo), volte a favorire il rispetto di tali diritti da parte degli Stati terzi contraenti. Il richiamo ai diritti fondamentali, formulato quale obbligo reciproco delle parti, si riscontra anche in accordi con paesi industrializzati, come ad esempio il Canada¹¹. La presenza di tali clausole è

⁶ Può menzionarsi l'Agenda per il Mediterraneo, presentata dalla Commissione europea e dall'Alto Rappresentante il 9 febbraio 2021, insieme ad un piano di investimenti economici per sostenere la ripresa socioeconomica a lungo termine nel vicinato meridionale; per l'attuazione dell'Agenda si prevede uno stanziamento fino a 7 miliardi di euro per il periodo 2021-2027, nell'ambito del nuovo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale dell'UE (NDICI). Una delle cinque linee di azione mira a sostenere un rinnovato impegno a favore dei diritti umani.

⁷ Regolamento (UE) 2021/1529 del 15 settembre 2021 che istituisce uno strumento di assistenza per la preadesione (IPA III). Il finanziamento previsto, che fornisce supporto all'Albania, alla Bosnia-Erzegovina, al Kosovo, al Montenegro, alla Macedonia del Nord, alla Serbia, all'Islanda e alla Turchia, indica come uno degli obiettivi specifici rafforzare lo Stato di diritto, la democrazia, i diritti umani e lo sviluppo sociale ed economico.

⁸ Come il contributo dell'Unione al programma delle Nazioni Unite 'Education Cannot Wait': Education_Cannot_Wait__Team_Europe_pledges__313_million_to_better_education_for_children_in_crisis_and_leave_no_one_behind__.pdf, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁹ Cfr. tra gli altri il programma EU Global Health Strategy: Better Health for All in a Changing World: https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-03/international_ghs-report-2022_en.pdf, ultima consultazione 26 aprile 2023.

¹⁰ Si tratta di una strategia globale europea per promuovere attività nei settori digitale, energetico e dei trasporti e per rafforzare i sistemi sanitari, di istruzione e di ricerca in vari Paesi del mondo. V. la comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza adottata il primo dicembre 2021, JOIN(2021)30 def.

¹¹ Nell'Accordo con il Canada del 2017 si prevede, infatti, che «Ciascuna parte provvede affinché la propria legislazione e le proprie prassi in materia di lavoro incorporino i principi e i diritti fondamentali nel lavoro elencati di seguito e ne prevedano la tutela» (art. 23, par. 3).

spesso rafforzata dal meccanismo della condizionalità, in base al quale è prevista, con varie modalità e procedure, la sospensione di determinati benefici e vantaggi previsti dall'accordo qualora nello Stato terzo siano poste in essere violazioni dei diritti umani. La tecnica più di frequente impiegata si fonda su un meccanismo per il quale la clausola che impone l'obbligo di rispettare i diritti umani è configurata come "elemento essenziale" dell'accordo¹²; la violazione grave degli obblighi previsti può determinare la sospensione dell'accordo stesso, in tutto o in parte, limitando così i benefici commerciali che questo garantisce allo Stato contraente¹³. Una soluzione, improntata ad una maggiore flessibilità, prevede che le parti adotteranno misure adeguate in caso di violazione della clausola sui diritti umani, privilegiando le azioni che pregiudicano nel minor modo possibile il funzionamento dell'accordo. L'efficacia di tali clausole, pur presenti in strumenti di natura vincolante, è, nella prassi, limitata giacché la decisione di sospensione dell'accordo è influenzata da una varietà di considerazioni di ordine sia politico che economico.

Mediante i diversi strumenti sopra menzionati l'Unione promuove il rispetto dei diritti fondamentali ma non influisce in modo significativo sul contenuto degli stessi. Infatti, mentre il rispetto dei valori dell'Unione, e in particolare della Carta dei diritti fondamentali, si impone alle istituzioni europee anche nell'esercizio delle loro competenze esterne¹⁴, gli standard di protezione derivanti dal diritto

¹² Tale clausola si riscontra in una varietà di accordi di differente tipologia e prevede come elementi essenziali, in modo più o meno esteso, diversi strumenti di tutela dei diritti umani. È in genere indicata come elemento essenziale la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla quale si aggiungono, talora, ulteriori strumenti di tutela, menzionati in modo generico o specificamente elencati.

¹³ Nell'esaminare tale tecnica (in relazione ad un accordo con l'India) la Corte di giustizia ha affermato che la circostanza che il rispetto dei diritti umani sia indicato quale elemento essenziale dell'accordo «può essere, in particolare, un elemento importante per esercitare il diritto di ottenere, in forza del diritto internazionale, la sospensione o la cessazione di un accordo di cooperazione allo sviluppo qualora il paese terzo non abbia rispettato i diritti dell'uomo» (*Portogallo c. Consiglio*, 3 dicembre 1996, causa C-268/94). Cfr. in argomento M. CREMONA, *Human Rights and Democracy Clauses in the EC's Trade Agreements*, in *The European Union and world Trade Law after the GATT Uruguay Round*, a cura di N. Emiliou e D. O'Keefe, Chichester, 1996; E. REIDEL e M. WILL, *Human Rights Clauses in External Agreements of the EC*, in *The EU and Human Rights*, a cura di P. Alston, Oxford, 1999, p. 723 ss.; F. MARTINES, *Human Rights Clauses in EU Agreements*, in *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law - Addressing new Challenges of the Union*, a cura di C. Jimenez Piernas, L. Pasquali e F. Pascual Vives, Torino, 2017, p. 271 ss.; C. GAMMAGE, *A critique of the extraterritorial obligations of the EU in relation to human rights clauses and social norms in EU free trade agreements*, in *Europe and the World*, 2018, n. 1, p. 1 ss.; J. WOUTERS e M. OVÁDEK, *Human Rights in EU Trade Policy*, in *The European Union and Human Rights: Analysis, Cases, and Materials*, Oxford, 2021, p. 646 ss.

¹⁴ Ciò è stato evidenziato dalla Commissione e dall'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza nella comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio volta a prospettare le linee strategiche dell'azione esterna dell'Unione; ivi si legge che «l'azione esterna dell'UE deve rispettare i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, diventata una normativa vincolante dell'UE in virtù del trattato di Lisbona» (Comunicazione Diritti umani e democrazia al centro dell'azione esterna dell'Unione Europea - verso un approccio più efficace, Bruxelles, 12 dicembre 2011, COM(2011) 886 def., p. 7). Tale esigenza di conformità si esplica anzitutto nel garantire che gli accordi dell'Unione rispettino i diritti e principi enunciati dalla Carta. Un esplicito richiamo in tal senso si riscontra in una risoluzione del Parlamento europeo che sollecita l'Unione «a tener conto dei principi della Carta all'atto di siglare un accordo con paesi terzi»,

dell'Unione sono privi di rilevanza per gli Stati terzi.

Nei confronti di Paesi europei, in particolare degli Stati candidati, viene utilizzato quale principale parametro la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; sono stati talora inseriti richiami a ulteriori strumenti di carattere regionale, quali la Carta di Parigi, l'Atto finale della Conferenza di Helsinki e i documenti della Conferenza di Bonn della CSCE. Negli accordi con Stati terzi extraeuropei le fonti di tutela sono invece indicate facendo riferimento a strumenti di carattere universale. È costante il richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹⁵; sono inoltre frequenti i parametri forniti dai principi fondamentali dell'OIL adottati nel 1998, talora elencando le principali Convenzioni oppure prevedendo un riferimento aperto alle convenzioni che sono state o saranno in seguito ratificate dallo Stato contraente¹⁶. Come sintetizzato dalla Commissione¹⁷, quando «l'UE solleva questioni riguardanti i diritti umani con i paesi terzi, si basa su norme internazionali: si tratta in sostanza dei principali trattati delle Nazioni Unite in materia di diritti umani e delle norme fondamentali del lavoro, nonché (per i partner in Europa) delle norme del Consiglio d'Europa e dell'OSCE».

Si riscontrano, tuttavia, accordi nei quali alcuni diritti fondamentali sono enunciati in modo specifico. Così, la parità di genere è talora menzionata non solo in relazione al divieto di discriminazione sul lavoro, richiamando i principi OIL, ma estendendola a tutti i campi della vita politica, economica, sociale e culturale¹⁸. Il principio di sostenibilità è incluso in alcuni accordi tra gli obiettivi della cooperazione, come nell'accordo di partenariato di Cotonu del 2000 (attualmente

Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2010, Diritti fondamentali nell'Unione europea - Applicazione effettiva dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona (2009/2161(INI), par. 8). Cfr., tra gli altri, L. PALADINI, *The European Charter of Fundamental Rights After Lisbon: A "Timid" Trojan Horse in the Domain of the Common Foreign and Security Policy?*, in *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, a cura di G. Di Federico, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011, p. 265 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; R.A. WESSEL e Y. KASPIAROVICH, *The role of values in EU external relations: a legal assessment of the EU as a "good" global actor*, in *Understanding the EU as a Good Global Actor: Ambitions, Values and Metrics*, a cura di E. Fahey e I. Mancini, Cheltenham, 2022, p. 92 ss. Mi permetto anche di rinviare al mio contributo *La rilevanza esterna della Carta dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore del Prof. Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 27 ss.

¹⁵ Per fare solo qualche esempio, gli accordi con Cile (2002), Sud Africa (1999), Sri Lanka (1995), Pakistan (2004), Cambogia (1999), Marocco (2000), Bangladesh (2001), Messico (2000), Egitto (2004).

¹⁶ Le clausole si riscontrano in una varietà di accordi di diversa tipologia: v. ad es. l'accordo di partenariato economico tra gli Stati del CARIFORUM del 2008, gli accordi di associazione con l'America centrale, con la Repubblica di Moldova, con la Georgia e con l'Ucraina del 2022, e gli accordi di libero scambio con Singapore del 2018 e con il Vietnam del 2019.

¹⁷ Comunicazione del 12 dicembre 2011 COM(2011) 886, p. 16.

¹⁸ Tale richiamo si riscontra, tra l'altro, nell'Accordo di partenariato con gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, firmato a Cotonu il 23 giugno 2000 ove si legge che la cooperazione stabilita intende allargare «la partecipazione di uomini e donne, su un piano di parità, a tutti i campi della vita politica, economica, sociale e culturale» contribuendo anche «a migliorare l'accesso delle donne a tutte le risorse necessarie al pieno esercizio dei propri diritti fondamentali». Una formulazione analoga si riscontra nell'accordo di cooperazione con l'Afghanistan del 2017.

in corso di revisione¹⁹) con gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico; l'articolo 32, dedicato all'ambiente e alle risorse naturali, indica come in questo campo la cooperazione miri ad «introdurre il principio della sostenibilità ambientale in tutti gli aspetti della cooperazione allo sviluppo» e evidenzia come il rispetto dei diritti dell'uomo sia «parte integrante di uno sviluppo durevole» (art. 9). Nell'accordo con i paesi del Pacifico emerge, nella definizione della sostenibilità, anche un riferimento all'interesse delle future generazioni²⁰. Principi che esprimono il diritto fondamentale alla vita privata sono richiamati in accordi che prevedono il trasferimento di dati da parte di prestatori di servizi finanziari. Così, l'accordo di associazione con l'America centrale prevede che «Ciascuna delle parti adotta o mantiene in vigore le opportune misure di salvaguardia a tutela della vita privata, dei diritti fondamentali e della libertà individuale, in particolare in relazione al trasferimento dei dati personali» (art. 198). Analogamente l'accordo con l'Ucraina del 2022 e quelli con la Moldavia e la Georgia. Tali accordi non prevedono, tuttavia, a differenza di quelli più oltre menzionati relativi alla trasmissione di dati personali, un parametro di riferimento nella definizione della tutela della vita privata, lasciando così alle parti contraenti, sulla base delle normative nazionali, la discrezionalità di individuare gli strumenti ritenuti opportuni.

2.3. *La promozione del rispetto dei diritti fondamentali mediante le regole sulle preferenze tariffarie.* – Ai fini della promozione dei diritti fondamentali assumono rilievo anche le tecniche fondate sulla leva commerciale che utilizzano, quale incentivo al rispetto di tali diritti, i meccanismi relativi alle preferenze tariffarie accordate a Stati terzi. Lo strumento principale è tuttora il regolamento 978/2012²¹ che prevede la revoca temporanea di tariffe preferenziali in caso di «violazione grave e sistematica dei principi stabiliti in determinate convenzioni internazionali concernenti i diritti fondamentali dell'uomo e del lavoro, al fine di promuovere gli obiettivi di tali convenzioni» (art. 19, lett. a). Si tratta, in sostanza, dei “core human rights” enunciati dai patti delle Nazioni Unite nonché da alcune convenzioni sia dell'ONU che dell'OIL (elencate nell'allegato VIII, parte A, dell'atto). Il vincolo posto dal regolamento consiste nel «mantenere la ratifica e l'attuazione effettiva di tali convenzioni», nonché nel «rispettare gli obblighi di rendicontazione imposti dalle rispettive convenzioni»; è altresì considerato, allo stesso fine, il rifiuto di collaborare con le procedure di monitoraggio da parte dell'Unione stabilite nel

¹⁹ L'applicazione dell'accordo è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 in attesa dell'entrata in vigore del nuovo testo in corso di negoziazione (decisione n. 1/2022 del comitato degli ambasciatori ACP-UE del 21 giugno 2022).

²⁰ Accordo con gli Stati del Pacifico del 2009, in cui si afferma che l'applicazione dell'accordo «shall fully take into account the human, cultural, economic, social, health and environmental best interests of their respective populations and of future generations». Più specificamente, nell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Repubblica di Moldavia le parti ricordano l'Agenda 21 della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo del 1992 e il piano di attuazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile del 2002.

²¹ Regolamento del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

regolamento. Un regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo è riservato agli Stati terzi che abbiano, tra le altre condizioni, ratificato - e che rispettino - convenzioni relative alla tutela ambientale e al contrasto della corruzione e del traffico di stupefacenti (elencate nell'allegato VIII, parte B)²².

Sussiste, in base al regolamento, un ampio spazio discrezionale dell'Unione sia nell'interpretazione delle norme convenzionali, sia nell'accertamento delle relative violazioni e della loro cessazione, con riferimento anche al grado di gravità e al carattere sistematico delle stesse. Tuttavia, lo standard di tutela dei diritti fondamentali deve in ogni caso muoversi nel perimetro delle fonti internazionali rilevanti per gli Stati contraenti, senza che i valori dell'Unione possano svolgere di per sé un ruolo nella definizione dei contenuti dei diritti e nella valutazione dei requisiti per l'accertamento delle violazioni.

Pertanto, l'attività di promozione del rispetto dei diritti umani in Stati terzi, realizzata dall'Unione anche mediante strumenti potenzialmente in grado di esercitare, attraverso la leva commerciale, una notevole influenza nei confronti di tali Stati, non comporta una diffusione degli standard europei di tutela. Se sul piano formale ciò dipende dalla già menzionata irrilevanza delle fonti di diritto dell'Unione per gli Stati terzi, nel merito si può rilevare che mentre alcuni dei diritti enunciati dalla Carta esprimono senza dubbio principi condivisi a livello universale, altri - in particolare quelli di carattere sociale ove non siano corrispondenti ai "core social rights" dell'OIL - riflettono valori peculiari dell'ordinamento europeo²³.

3. *I requisiti posti da atti normativi e da principi sulla responsabilità delle imprese europee volti ad evitare violazioni dei diritti umani per attività condotte in Stati terzi.* - Un impatto sulla diffusione degli standard di tutela dei diritti fondamentali accolti dall'Unione può derivare da atti normativi che, attraverso requisiti relativi al mercato interno, riflettono tali standard. Ciò può risultare sia da normative che vietano l'importazione o l'esportazione di determinate merci, sia, invece, da atti che, imponendo obblighi ad imprese stabilite in Stati membri, contrastano le violazioni di diritti umani al di fuori dei "confini" europei.

Per il primo profilo, vengono quindi in considerazione normative di natura commerciale che perseguono il fine di evitare violazioni dei diritti umani in Stati terzi ponendo limiti all'esportazione o all'importazione di prodotti. Riguardo alle

²² Tra le quali, il Protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo strato di ozono (1987), la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (1989), la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (1992) e il Protocollo di Kyoto (1998), nonché le Convenzioni delle Nazioni Unite sugli stupefacenti (1961), sulle sostanze psicotrope (1971), contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope (1988) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (2004).

²³ Peraltro, il preambolo della Carta fornisce al riguardo indicazioni contrastanti, da un lato accentuando il carattere "europeo" dei diritti tutelati, dall'altro, affermando che l'Unione «si fonda sui valori indivisibili e universali» della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà.

esportazioni può menzionarsi il regolamento del 2019 che vieta il commercio di merci che possono essere utilizzate come strumenti di tortura o per la esecuzione della pena di morte²⁴. I limiti all'importazione, invece, tendono soprattutto ad evitare danni all'ambiente derivanti da attività svolte in Stati terzi. Così, tra l'altro, il regolamento 995/2010²⁵ che stabilisce obblighi in capo agli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati; in ragione della rilevanza delle foreste per l'ecosistema, si proibisce la commercializzazione, mediante un meccanismo di tracciabilità, di legname prodotto mediante il disboscamento illegale, al fine di contribuire all'impegno dell'Unione per il contrasto dei cambiamenti climatici e coerentemente con i principi posti dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite²⁶.

Con riguardo a violazioni dei diritti fondamentali nell'ambito sociale e del lavoro merita menzionare una proposta di regolamento presentata nel settembre 2022 che intende vietare la commercializzazione sul mercato dell'Unione di prodotti ottenuti utilizzando il lavoro forzato²⁷. Il divieto intende operare in via generale, ma, come è evidente, può avere rilievo soprattutto per i prodotti di Stati terzi, precludendone l'importazione. La proposta mira a contribuire alla eliminazione del lavoro forzato entro il 2030 secondo gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite²⁸. È significativo, per quanto qui considerato, che tra i parametri di riferimento sia richiamata, nel considerando della proposta, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - che, all'art. 5, par. 2, vieta il lavoro forzato - oltre alle Convenzioni OIL n. 29 e n. 105. La proposta si caratterizza per un approccio assai innovativo giacché è destinata ad applicarsi a

²⁴ Regolamento (UE) 2019/125 del 16 gennaio 2019 relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. Il regolamento menziona gli artt. 2, par. 2 (Diritto alla vita), e 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) della Carta dei diritti fondamentali.

²⁵ Regolamento del 20 ottobre 2010 che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati. Un approccio più rigoroso risulta dal recente nuovo regolamento relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale.

²⁶ Un approccio analogo è seguito dal regolamento 2017/821 che impone agli importatori di minerali da zone in conflitto il rispetto dei principi enunciati all'allegato II delle linee guida dell'OCSE sul dovere di diligenza per una catena di approvvigionamento responsabile di determinati minerali: regolamento del 17 maggio 2017 che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio. Nel considerando 3 si legge che «Le violazioni dei diritti umani sono comuni nelle aree ricche di risorse colpite da conflitti e nelle aree ad alto rischio e possono comprendere il lavoro minorile, la violenza sessuale, la scomparsa di persone, il trasferimento forzato e la distruzione di luoghi di rilevanza spirituale o culturale».

²⁷ Proposta di regolamento che vieta i prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell'Unione, 14 settembre 2022, COM(2022) 453 final. La proposta, che risulta tra le priorità legislative del 2023-2024, è in corso di esame da parte delle istituzioni.

²⁸ «Prendere provvedimenti immediati ed effettivi per sradicare il lavoro forzato, porre fine alla schiavitù moderna e alla tratta di esseri umani e garantire la proibizione ed eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile, compreso il reclutamento e l'impiego dei bambini soldato, nonché porre fine entro il 2025 al lavoro minorile in ogni sua forma»: Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, punto 8.7.

tutti i prodotti, diversamente dagli atti sinora adottati che riguardano specifici beni o materie prime.

Un impatto rilevante degli standard di tutela del diritto dell'Unione si verifica in relazione al trasferimento di dati personali verso Stati terzi. Senza che occorra qui ricostruire le complesse vicende che hanno riguardato il trasferimento di dati relativi ai passeggeri di voli aerei ("Passengers Name Records-PNR"), richiesto da Paesi terzi con la funzione di contrastare il terrorismo, è sufficiente notare che il trasferimento è soggetto alla presenza, nello Stato terzo, di garanzie di tutela della vita privata analoghe a quelle previste dal diritto dell'Unione. Il regolamento sulla protezione dei dati personali (cd. GDPR)²⁹ prevede infatti, all'art. 45, che il trasferimento di dati personali verso uno Stato terzo può essere autorizzato mediante una decisione adottata dalla Commissione (decisione di adeguatezza) secondo la quale tale Stato (o un territorio o uno o più settori specifici all'interno dello stesso) garantiscono un livello di protezione adeguato³⁰. Come la Corte di giustizia ha affermato nella sentenza *Schrems II* del 2020³¹, ai fini del trasferimento occorre che il paese terzo considerato assicuri «un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione in forza di tale regolamento, letto alla luce della Carta»³². Tale requisito di equivalenza della protezione produce, come sarà più avanti osservato, un impatto significativo sia sul comportamento delle imprese, sia sugli sviluppi normativi in ordinamenti di Paesi terzi.

Il fine di evitare violazioni dei diritti fondamentali in Stati terzi è perseguito, altresì, attraverso regole e principi relativi al comportamento tenuto da imprese, soggette all'applicazione del diritto dell'Unione, quando operano al di fuori di quest'ultima. L'obbligo delle istituzioni di promuovere nelle relazioni esterne il rispetto dei valori europei implica l'esigenza che le normative dell'Unione siano formulate in modo da evitare che violazioni dei diritti fondamentali siano commesse anche in Stati terzi. Questo profilo ben si evidenzia in relazione alla tutela ambientale; può menzionarsi, tra l'altro, il divieto di trasferire determinate categorie di rifiuti verso Stati terzi assicurando un'applicazione rigorosa di quanto

²⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016.

³⁰ L'art. 46 del regolamento prevede che in assenza di una decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può trasferire dati personali verso un Paese terzo (o un'organizzazione internazionale) solo se questo ha fornito garanzie adeguate e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi. Le regole specifiche sono enunciate nella decisione di esecuzione (UE) 2021/914 adottata dalla Commissione il 4 giugno 2021 relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali verso paesi terzi a norma del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio. Cfr. in argomento S. SALUZZO, *The EU as a Global Standard Setting Actor: The Case of Data Transfers to Third Countries*, in *Use and Misuse of New Technologies*, a cura di E. Carpanelli e N. Lazzarini, Cham, 2019, p. 115 ss.

³¹ *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, sentenza del 16 luglio 2020 nella causa C-311/18.

³² Un documento del "gruppo di lavoro art. 29" indica, in relazione a tale criterio, che il livello di protezione nel Paese terzo deve essere sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione, ma «gli strumenti dei quali tale paese terzo si avvale, al riguardo, per assicurare un siffatto livello di protezione, possono essere diversi da quelli attuati all'interno dell'Unione».

previsto dalla Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento³³.

A ciò si aggiungono le misure volte a favorire la responsabilità delle imprese europee riguardo al rispetto di standard ambientali e sociali, in relazione anche all'attività che esse svolgono in Stati terzi³⁴; a questo riguardo l'azione dell'Unione, inquadrata nel contesto internazionale centrato sulle Guidelines dell'OCSE³⁵, sui principi delle Nazioni Unite "imprese e diritti umani" e sul Patto globale delle Nazioni Unite³⁶, si esprime essenzialmente attraverso strumenti non vincolanti³⁷. Tuttavia, muovendo dalla considerazione che le misure di carattere volontario «non hanno portato a miglioramenti su vasta scala in tutti i settori», in particolare nel contrasto del lavoro forzato e minorile e del degrado ambientale, la Commissione ha presentato nel febbraio 2022³⁸ una proposta di direttiva in corso di

³³ Regolamento 1013/2006 del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti.

³⁴ Il piano d'azione 2020-2024 sui diritti umani e la democrazia esprime l'impegno dell'Unione e degli Stati membri a rafforzare le iniziative volte promuovere l'applicazione delle norme internazionali in materia di condotta d'impresa responsabile, quali i principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani e le linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali e sul dovere di diligenza. V. anche il documento adottato dalla Commissione e dal Servizio europeo per l'azione esterna "Guidance on due diligence for EU companies to address the risk of forced labour", 13 luglio 2021. Tra i vari interventi del Parlamento europeo v. la risoluzione del 25 ottobre 2016 sulla responsabilità delle imprese per gravi violazioni dei diritti umani nei paesi terzi (2015/2315(INI)). In argomento cfr., tra i numerosi contributi, P. ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, 2009; D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 477 ss.; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012; EAD. (a cura di), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, London, 2019; L. MAGI, N. LAZZERINI, D. RUSSO e M. BUSCEMI, *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, 2020. T. ACKERMANN, *Extraterritorial protection of human rights in value chains*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 143 ss.

³⁵ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, in particolare il punto IV relativo alla tutela dei diritti umani.

³⁶ ONU, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, 2011. L'United Nations Global Compact del 2000 sollecita le imprese ad adottare politiche sostenibili e conformi ai principi di responsabilità sociale rendendo pubblici i risultati delle azioni intraprese.

³⁷ Hanno tuttavia rilevanza gli strumenti vincolanti relativi alle informazioni di impresa in relazione alle attività svolte in Stati terzi. La direttiva 2021/2101 sulla comunicazione delle informazioni sull'imposta sul reddito da parte di talune imprese e succursali prevede che riguardo alle attività svolte in paesi terzi le informazioni siano fornite in modo solo aggregato, a meno che l'impresa non intenda fornire informazioni più dettagliate, ma precisa che "la Commissione dovrebbe valutare, nel quadro della clausola di revisione, se, tra l'altro, la disaggregazione completa migliorerebbe l'efficacia della presente direttiva" (considerando 23). Si può altresì menzionare, in un diverso settore, il regolamento relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie che enuncia l'obbligo per gli operatori economici di adempiere al dovere di diligenza nelle loro catene di approvvigionamento, anche per quanto riguarda i diritti dei lavoratori.

³⁸ Così nella relazione che accompagna la proposta di direttiva: proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2022)71 del 23 febbraio 2022. Il Consiglio e il Parlamento stanno valutando la proposta al fine di avviare negoziati legislativi. Il Parlamento europeo nella risoluzione del 20 maggio 2021 sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali (2020/2027(INI)) già aveva accolto «con favore l'annuncio della Commissione, in base al quale la sua proposta relativa alla dovuta diligenza e alla responsabilità delle imprese includerà un regime di responsabilità», sottolineando l'esigenza che le imprese debbano essere ritenute responsabili qualora «abbiano commesso violazioni dei diritti umani o abbiano causato danni all'ambiente, salvo nel caso in cui l'impresa possa dimostrare di aver agito

esame da parte delle istituzioni, relativa al dovere di diligenza delle grandi imprese; questa intende definire, enunciando obblighi trasversali di *due diligence*, un quadro normativo che consenta alle imprese di attenuare i rischi legati al rispetto dei diritti umani o agli impatti ambientali nelle catene del valore cui partecipano³⁹.

4. *Gli obblighi delle imprese di Stati terzi che operano sul mercato europeo e il cd. "effetto Bruxelles"*. - Le imprese stabilite in Stati terzi che operano sul mercato europeo sono soggette ad una varietà di obblighi posti da normative dell'Unione. Gli ambiti riguardo ai quali tali obblighi presentano particolare rilevanza, sia in ragione dell'ampiezza dei soggetti interessati sia della estensione degli sviluppi normativi, attengono al commercio elettronico⁴⁰, alla protezione dei dati personali e agli obblighi di informazione sulle attività di impresa⁴¹. La strategia normativa è talora ispirata all'intento di evitare che l'applicazione di regole più rigorose alle sole imprese europee possa, a motivo degli oneri derivanti dai requisiti previsti, pregiudicarle sul piano concorrenziale; tale logica è accolta, ad esempio, dalla direttiva 2022/2464 del 14 dicembre 2022 relativa alla rendicontazione societaria di sostenibilità (cd. "CSRD") che estende gli obblighi di informazione da essa posti anche alle imprese di Stati terzi operanti sul mercato unico al fine di evitare che i costi di informativa avvantaggino le imprese operanti in Paesi terzi nei quali non siano previsti analoghi requisiti⁴². Anche la presenza di catene di fornitura a livello internazionale può portare ad estendere i requisiti di informazione, come per gli obblighi previsti dal Regolamento 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (cd.

con la dovuta diligenza, in linea con i rispettivi obblighi in materia di dovere di diligenza, e di aver adottato tutte le misure ragionevoli per prevenire tali danni».

³⁹ Si muove dalla considerazione che «alcune società dell'UE sono state associate a impatti negativi sui diritti umani e a impatti ambientali negativi, anche nelle catene del valore cui partecipano». Tra tali impatti si menzionano, in particolare, «questioni relative ai diritti umani quali il lavoro coatto, il lavoro minorile, l'inadeguatezza delle condizioni di igiene e sicurezza sul lavoro, lo sfruttamento dei lavoratori, e impatti ambientali quali le emissioni di gas a effetto serra, l'inquinamento o la perdita di biodiversità e il degrado degli ecosistemi».

⁴⁰ Possono menzionarsi, oltre alla direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, il regolamento 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (cd. *Digital Markets Act*) e il regolamento 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali che ha modificato la direttiva 2000/31/CE (cd. *Digital Services Act*). La proposta di direttiva riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (cd. *Data Act*) 23 febbraio 2022, COM(2022)68 è in corso di esame da parte delle istituzioni. Cfr. G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, p. 73 ss.; A. RENDA, *Making the Digital Economy Fit for Europe*, in *European Law Journal*, 2021, n. 5-6.

⁴¹ Direttiva 2014/95/UE del 22 ottobre 2014 recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

⁴² Direttiva 2022/2464 del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

regolamento tassonomia) che si applicano a tutte le offerte di prodotti finanziari nell'Unione Europea indipendentemente dalla loro origine⁴³.

Alle motivazioni di natura competitiva e a quelle connesse alla struttura di mercato può affiancarsi, tuttavia, anche l'intento di assicurare la protezione dei diritti fondamentali e, comunque, gli obblighi posti da atti normativi possono produrre un effetto sulla tutela di tali diritti; ciò appare evidente in relazione alla normativa sulla protezione dei dati personali che, nella sua applicazione, porta a tutelare il diritto alla vita privata e ulteriori diritti connessi al trattamento dei dati, come il divieto di discriminazione. Per l'aspetto che qui interessa, è significativo che la proposta di direttiva sulla *due diligence* sopra menzionata intenda trovare applicazione, in base ad un criterio relativo al fatturato prodotto nell'Unione, anche alle società di Paesi terzi che operano sul mercato europeo, richiedendo così a queste ultime di adeguarsi agli standard di tutela previsti dall'Unione⁴⁴.

L'esigenza di rispettare i requisiti posti dal diritto dell'Unione nelle attività condotte sul mercato europeo può contribuire, come di seguito considerato, a determinare un corrispondente comportamento delle imprese, su base volontaria, al di fuori dei vincoli stabiliti da atti dell'Unione. La capacità del diritto dell'Unione di influenzare, per questa via, il comportamento di imprese stabilite in Paesi terzi è stata rilevata da numerose ricerche empiriche, prendendo in esame una varietà di settori normativi, quali la protezione dei dati personali⁴⁵, le politiche di tutela ambientale⁴⁶ e, più recentemente, la regolazione delle nuove tecnologie⁴⁷.

La verifica dell'impatto della regolamentazione sul comportamento volontario delle imprese investe talora, in modo più o meno diretto, la questione - qui considerata - della diffusione degli standard di protezione dei diritti fondamentali. Tale prospettiva è di particolare evidenza riguardo alla protezione dei dati personali: questa esprime, infatti, il diritto alla protezione della vita privata (ma, come già accennato, anche altri diritti fondamentali che possono assumere rilevanza, come il divieto di discriminazione), ed è senza dubbio l'aspetto per il quale l'adeguamento spontaneo da parte delle imprese è, nella prassi attuale, più significativo⁴⁸. Tra i vari studi empirici condotti si può menzionare un'indagine,

⁴³ Regolamento 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

⁴⁴ La commissione giuridica del Parlamento europeo ha proposto, nella posizione espressa il 25 aprile 2023, una estensione dei requisiti relativi al fatturato che porterebbe a comprendere un numero più elevato di imprese di Stati terzi nell'ambito di applicazione dell'atto.

⁴⁵ Cfr. in proposito la ricerca di G.V. CERVI, *Why and How Does the EU Rule Global Digital Policy: an Empirical Analysis of EU Regulatory Influence in Data Protection Laws*, in *Digital Society*, 2022, n. 18; A. BENDIEK e I. STUERZER, *The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate*, in *Digital Society*, 2023, n. 5.

⁴⁶ F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Annali AISDUE*, 2022, p. 170 ss.

⁴⁷ O.J. GSTREIN, *European AI Regulation: Brussels Effect versus Human Dignity?*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2022, n. 4.

⁴⁸ Cfr., tra i numerosi contributi, F.S. GADY, *EU/U.S. Approaches to Data Privacy and the "Brussels Effect": A Comparative Analysis*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 2014, p. 12 ss., che riferisce che «Apple, for instance, followed GDPR to operate in the European Union and decided to

svolta attraverso le richieste di accesso ai dati personali, che ha mostrato come i principi del GDPR siano sostanzialmente rispettati nell'ordinamento canadese⁴⁹. Si tratta, in questa prospettiva, di fenomeni spiegabili con ragioni aziendali e di mercato; infatti, una volta che delle imprese multinazionali hanno adeguato le loro regole e procedure interne e hanno altresì preparato o assunto personale con le competenze richieste ai fini del rispetto del GDPR, considerazioni di convenienza economica inducono a mantenere le medesime regole e procedure nelle loro attività non soggette al diritto dell'Unione, evitando una frammentazione nella organizzazione di impresa.

La logica di mercato è, quindi, un fattore trainante della tendenza espansiva del diritto dell'Unione in quanto contribuisce a indurre le imprese ad adottare regole uniformi, adeguandosi tendenzialmente alla disciplina maggiormente rigorosa. Questo fenomeno, definito come "effetto Bruxelles", è stato descritto in uno studio del 2020 come la capacità dell'Unione di esercitare un potere normativo oltre i propri confini, in particolare negli Stati Uniti, in una varietà di settori⁵⁰: dalle regole di concorrenza, alla privacy, alla protezione ambientale e anche alla tutela della salute in relazione sia alla sicurezza degli alimenti sia a particolari rischi come quelli derivanti dall'impiego di sostanze chimiche. La disciplina stabilita dal cd. regolamento REACH⁵¹ costituisce, tra gli altri, un caso emblematico dell'impatto di una disciplina innovativa di carattere tecnico, in ragione della decisione di alcuni gruppi multinazionali di adeguare ai criteri previsti anche le loro filiali extraeuropee⁵².

adopt it in its global businesses». R. REDONDO ALAMILLOS e F. DE MARIZ, *How Can European Regulation on ESG Impact Business Globally?*, in *Journal of Risk Financial Management*, 2022, 15, p. 291 ss., osservano, portando ad esempio il GDPR, che i regolamenti «spread through market forces, i.e., companies adopt the rules that the EU established as a cost of operating in the European Union and then apply these standards to the rest of their business globally to homogenize their running of the business, minimizing costs of compliance with the regulation»; CERVI, *Why and How Does the EU Rule Global Digital Policy: an Empirical Analysis of EU Regulatory Influence in Data Protection Laws*, cit.

⁴⁹ R. MAHIEU, H. ASGHARI, C. PARSONS, J. VAN HOBOKEN e M. CRETE-NISHIHATA, *Measuring the Brussels Effect through Access Requests: Has the European General Data Protection Regulation Influenced the Data Protection Rights of Canadian Citizens?*, in *Journal of Information Policy*, 2021, n. 11, p. 301 ss. Gli autori concludono l'indagine (condotta su 35 imprese multinazionali operative in Canada e anche sul mercato europeo) osservando che l'incidenza delle regole del GDPR in Canada «is likely caused by the Brussels Effect, a mechanism whereby policy diffuses primarily through market mechanisms».

⁵⁰ Ci si riferisce allo studio di A. BRADFORD menzionato *supra*.

⁵¹ Regolamento n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'Agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la direttiva 1999/45/CE e che abroga il regolamento (CEE) n. 793/93 del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1488/94 della Commissione, nonché la direttiva 76/769/CEE del Consiglio e le direttive della Commissione 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE.

⁵² Cfr. E. GOLBERG, *Regulatory Cooperation - A Reality Check*, in *M-RCBG Associate Working Paper Series*, 2019, n. 115, p. 1 ss., che prende in considerazione l'incidenza di alcune normative di carattere tecnico, come quella sui rifiuti pericolosi e le sostanze chimiche. V. anche REDONDO ALAMILLOS e DE MARIZ, *How Can European Regulation on ESG Impact Business Globally?*, cit., e MAHIEU, ASGHARI, PARSONS, VAN HOBOKEN e CRETE-NISHIHATA, *Measuring the Brussels Effect through Access Requests*, cit.

La dinamica di impatto riferibile al comportamento spontaneo delle imprese tende ad ampliarsi correlativamente all'estensione della collocazione di beni e servizi attraverso piattaforme digitali e al significativo impulso che il commercio elettronico ha ricevuto a seguito delle misure di contrasto della pandemia; infatti, non sono più soltanto i grandi gruppi multinazionali bensì tutte le imprese attive a livello transnazionale mediante la fornitura online di beni o servizi ad essere incentivate ad adeguarsi alle regole che consentono l'accesso al mercato europeo. Le conseguenze di tale fenomeno producono, quindi, una crescente incidenza concreta sul piano globale che porta le regole dell'Unione ad interessare situazioni, attività economiche e persone alle quali queste non sono destinate ad applicarsi in base ad un vincolo giuridico. Un ulteriore impatto può giungere dall'attività dell'Unione volta a favorire in modo diretto un atteggiamento conforme ai diritti fondamentali da parte di attori privati del mercato, mediante strumenti di *soft law*, come realizzato attraverso i codici di condotta conclusi con le grandi aziende leader della comunicazione digitale (le cd. "big tech companies")⁵³.

In una visione più ampia, può ricondursi al menzionato "effetto Bruxelles" anche la potenzialità del diritto dell'Unione di costituire un modello di riferimento per gli sviluppi normativi in ordinamenti di Paesi terzi. Oltre ad alcuni fattori che saranno poco oltre evidenziati, il comportamento spontaneo delle imprese può, infatti, influenzare l'attività del legislatore, anche attraverso forme di pressione esercitate da gruppi di interesse⁵⁴; ciò può indurre a codificare in atti normativi un comportamento già posto in essere da imprese locali nelle attività commerciali transnazionali o, comunque, a "ravvicinare" l'assetto di regolazione alla prassi delle imprese che operano sul mercato europeo⁵⁵.

⁵³ Come il codice di condotta del 2016 volto a contrastare i discorsi di odio su internet al quale hanno aderito, tra l'altro, Facebook, Twitter, YouTube e Instagram. Cfr. K. PODSTAWA, *Hybrid Governance or... Nothing? The EU Code of Conduct on Combating Illegal Hate Speech Online*, in *Use and Misuse of New Technologies*, a cura di E. Carpanelli e N. Lazzarini, cit., p. 167 ss.; I. ANRÒ, *Online hate speech: la prospettiva dell'Unione europea tra regolamentazione della condotta dei prestatori di servizi intermediari e ricorso al diritto penale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2023, n. 1, p. 13 ss.

⁵⁴ Come osservano REDONDO ALAMILLOS e DE MARIZ, *How Can European Regulation on ESG Impact Business Globally?*, cit., p. 291 ss., le imprese «even lobby foreign governments to adopt legislation convergent with EU law in order to increase legal certainty», mostrando come l'Unione può influenzare il dibattito legislativo attraverso gli attori privati.

⁵⁵ In questo senso, con riguardo al trattamento dei dati personali, A. RENDA, *Beyond the Brussels effect*, in *Policy Brief-FEPS*, 2022, p. 1 ss., che osserva come «third-country adoption of GDPR-like rules may seem spontaneous, it may also have been caused by the regulation's extra-territorial impact (ie, it applies to anyone who wants to process personal data belonging to European citizens, irrespective of where data processors are located) and by its reliance on a conditionality that triggers cross-jurisdiction data flows: that the European Commission issues an "adequacy decision", declaring a given third-country's data framework provides adequate protection of personal data. In other words, the diffusion mechanisms of GDPR go way beyond spontaneous emulation» (p. 4, footnote n. 1).

5. *L'incidenza del diritto dell'Unione rispetto agli atti normativi adottati da Stati terzi.* - Se l'adeguamento alle regole rilevanti nella dimensione globale del mercato è certamente uno degli elementi suscettibili di influenzare le soluzioni normative di Stati terzi, ulteriori fattori possono essere ipotizzati per comprendere le ragioni di una potenzialità espansiva del diritto dell'Unione sul piano legislativo.

Guardando di nuovo all'area della protezione dei dati, non mancano casi di adeguamento legislativo al modello GDPR in ordinamenti extraeuropei, come il Giappone o l'India⁵⁶. Certamente il meccanismo sopra riferito delle decisioni di adeguatezza utilizzato dall'Unione ai fini del trasferimento di alcune tipologie di dati può esercitare un'influenza sui sistemi normativi. È emblematica al riguardo l'adozione di un *executive order* da parte del presidente americano Biden il 7 ottobre 2022⁵⁷ che ha recepito nel diritto statunitense il nuovo *Data Privacy Framework* concordato tra l'Unione e gli USA; il provvedimento introduce, infatti, nuove garanzie di tutela proprio al fine di rispondere ai criteri derivanti dalla già menzionata sentenza *Schrems II*, favorendo così l'adozione di una decisione di adeguatezza da parte della Commissione europea⁵⁸.

Certamente la qualità elevata che caratterizza la legislazione dell'Unione può giocare un ruolo nella diffusione in Paesi terzi delle soluzioni normative da essa accolte, soprattutto allorché si tratti di definire regolamentazioni tecniche complesse. Non si può trascurare, infatti, che le proposte della Commissione europea sono elaborate sulla base di dati scientifici e di conoscenze di sicura affidabilità, grazie anche al significativo apporto delle numerose agenzie europee

⁵⁶ RENDA, *Beyond the Brussels effect*, cit., p. 4, che osserva come il GDPR «is now being more or less faithfully emulated in countries as diverse as Brazil, India and Japan; and even in key US states like California, in stark contrast to the absence of a comprehensive federal approach to data protection». È rilevato anche l'impatto prodotto in Cina: B. ZHAO e W. CHEN, *Data protection as a fundamental right: The European General Data Protection Regulation and its extraterritorial application in China*, in *US-China Law Review*, 2019, p. 97 ss.; I. STÜRZER e A. BENDIEK, *Advancing European Internal and External Digital Sovereignty*, in *SWP Comment*, https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C20_EuropeanDigitalSovereignty.pdf, ultima consultazione il 14 giugno 2023, notano come «the Brussels effect even extends beyond the regulation of private actors and shapes foreign legislative debates, from Africa over Asia to the US». V. anche O. GSTREIN e A. J. ZWITTER, *Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?*, in *Internet Policy Review*, 2021, n. 3.

⁵⁷ Executive Order on enhancing safeguards for United States signals intelligence activities <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/10/07/executive-order-on-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities/>, ultima consultazione 26 aprile 2023. Ciò fa seguito a quanto annunciato dal presidente Biden e dalla presidente della Commissione europea il 25 marzo 2022, cfr. United States and European Commission Announce Trans-Atlantic Data Privacy Framework, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/25/fact-sheet-united-states-and-european-commission-announce-trans-atlantic-data-privacy-framework/>, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁵⁸ Il 13 dicembre 2022 la Commissione ha pubblicato una bozza della decisione di adeguatezza nell'ambito di un nuovo quadro negli scambi di dati personali tra l'Unione e gli Stati Uniti, volta a sostituire il precedente "privacy shield" a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel già menzionato caso *Schrems II* del 16 luglio 2020. I pareri resi dalla commissione libertà civili del Parlamento europeo (14 febbraio 2023) e dal comitato europeo per la protezione dei dati (28 febbraio 2023) sollecitano, tuttavia, alcune modifiche della decisione ritenendo che essa non assicuri in modo completo la protezione dei dati secondo lo standard dell'Unione.

operanti in diversi settori, e sono frutto di ampie consultazioni di una varietà di soggetti interessati, potendo perciò costituire una elaborazione utile anche in ordinamenti assai diversi. Inoltre, neppure può trascurarsi che è intrinseca al diritto dell'Unione l'esigenza di tener conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, alla luce delle quali occorre ricercare una sintesi sul piano normativo che possa sia ricevere il consenso necessario ai fini dell'adozione dell'atto, sia consentirne poi l'applicazione in diversi contesti nazionali; ciò porta ad accogliere soluzioni relativamente flessibili, agevolando la possibilità di innestare le regole adottate dall'Unione in sistemi giuridici extraeuropei anche assai differenziati⁵⁹. L'impatto della normativa dell'Unione in Stati terzi non europei è evidenziato, ad esempio, oltre che dai casi sopra già menzionati, dall'adozione in Ruanda, nell'ottobre 2021, di una normativa sulla protezione dei dati che riprende aspetti del GDPR soprattutto riguardo alla tutela dei consumatori⁶⁰, nonché dai casi nei quali le normative ambientali dell'Unione hanno costituito un modello di riferimento⁶¹.

Il carattere pionieristico della normativa costituisce un ulteriore elemento favorevole alla diffusione del modello accolto dall'Unione, sia in quanto questo può fornire un punto di riferimento per la elaborazione di soluzioni che affrontano questioni innovative, sia per le ragioni di accesso al mercato europeo già sopra indicate. La consapevolezza di tale dinamica sembra motivare l'urgenza dell'Unione nel definire la regolazione della intelligenza artificiale, della quale si dirà poco oltre, collocandosi in un contesto di competizione normativa a livello globale.

La affidabilità e l'autorevolezza dell'Unione come legislatore, nonché la rapidità dei tempi nei quali l'attività normativa si esplica in relazione alle nuove esigenze di regolazione, sembrano indubbiamente fattori rilevanti nel favorire l'adozione in Stati terzi di legislazioni che ricalcano, in modo più o meno significativo, le regole europee⁶².

6. *L'Unione europea come regolatore globale? Sviluppi recenti nell'area delle nuove tecnologie e della tutela ambientale.* - L'impatto del diritto dell'Unione sopra descritto deriva, quindi, come si è rilevato, dal comportamento di soggetti privati - i quali, al di fuori dei vincoli ad essi posti da atti normativi, si conformano spontaneamente alle regole necessarie ai fini dell'accesso al mercato europeo -

⁵⁹ Cfr. al riguardo A. RENDA, *Beyond the Brussels effect*, cit., p. 4, che nota come «Compared to EU law, United States (US) legislation is often harder to emulate, especially for countries with weak institutional capacity».

⁶⁰ Ministry of Information Communication Technology and Innovation, Rwanda passes new Law protecting personal data: <https://www.minict.gov.rw/news-detail/rwanda-passes-new-law-protecting-personal-data#:~:text=KIGALI%2C%20RWANDA%20%2D%20Rwanda's%20law%20on,w,hich%20is%20a%20fundamental%20right>, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁶¹ Cfr. I. HADJIYANNI, *The EU as a Global Regulator for Environmental Protection: A Legitimacy Perspective*, Oxford, 2019.

⁶² Cfr. in questo senso G. V. CERVI, *Why and How Does the EU Rule Global Digital Policy: an Empirical Analysis of EU Regulatory Influence in Data Protection Laws*, cit.

oppure da scelte dei legislatori che, per una pluralità di fattori che possono influenzare le politiche pubbliche, manifestano la propensione ad accogliere soluzioni normative che si avvicinano o allineano a quelle definite dall'Unione.

Allo sviluppo di tali dinamiche di natura spontanea sembra essere estranea la volontà dell'Unione di costruirsi - deliberatamente - un ruolo di regolatore globale. I fenomeni sopra riferiti, infatti, non rispondono a politiche dell'Unione direttamente volte ad espandere il diritto dell'Unione in Stati terzi, ma si configurano, piuttosto, come degli effetti indotti indirettamente da strategie normative rivolte alla regolazione sul piano interno. Nella prassi recente si manifestano, tuttavia, alcuni elementi dai quali sembra emergere la volontà dell'Unione di prospettare soluzioni tendenzialmente globali. Ciò sembra segnare un nuovo atteggiamento delle istituzioni europee⁶³, che al momento traspare soprattutto da documenti strategici e da proposte di atti normativi.

I settori che maggiormente evidenziano tale orientamento - ai quali si può, in questa sede, solo accennare in via esemplificativa - concernono la politica ambientale, specie in riferimento alle misure di contrasto del cambiamento climatico⁶⁴, e la regolazione delle nuove tecnologie.

Riguardo alla protezione dell'ambiente, gli obiettivi di sostenibilità si intrecciano con quelli di natura competitiva evidenziando, da parte dell'Unione, la tendenza a prospettare una volontà di regolazione globale; tale dinamica, fondata sulla considerazione che i *target* di sostenibilità ambientale perseguiti dall'Unione richiedono, ai fini della loro efficacia, di essere collocati nel contesto globale, portano a sviluppare nuove tecniche normative. Ciò risulta con evidenza da una recente proposta di regolamento relativa al carbonio⁶⁵: questa enuncia meccanismi di carattere fiscale⁶⁶ volti al fine di evitare che l'adozione da parte dell'Unione di normative rigorose riguardo alle emissioni comporti la ricollocazione in Stati terzi delle attività industriali più inquinanti, vanificando, così, l'obiettivo di una riduzione a livello globale dell'inquinamento. Nel definire tale meccanismo, la Commissione non solo ne considera la rilevanza per il mercato dell'Unione, ma prospetta - per ciò che qui interessa - che esso incoraggerà i produttori di Paesi terzi a rendere meno inquinanti i loro processi di produzione; ai meccanismi

⁶³ Guardando ad un periodo meno recente, un iniziale intento di regolazione globale sembrava emergere attraverso sollecitazioni rivolte a Stati terzi da normative relative alla tutela dell'ambiente; ciò emerge, in particolare, dalla direttiva 2008/101 volta ad includere le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra, che indica, tra l'altro, che la Comunità e i suoi Stati membri «dovrebbero (...) stimolare i paesi terzi ad adottare misure equivalenti» (considerando 17).

⁶⁴ Misure che concorrono all'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, stabilito dal regolamento 2021/1119 del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»).

⁶⁵ Proposta di regolamento che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (COM(2021)564). Sulla proposta, attualmente in attesa del parere del Parlamento europeo in prima lettura, l'8 febbraio 2023 è stato raggiunto un accordo informale tra Parlamento europeo e Consiglio.

⁶⁶ Volto a parificare, mediante un sistema di tassazione all'importazione, il costo che il carbonio avrebbe avuto se prodotto nell'Unione rispetto a quello dello Stato terzo (CBAM).

fiscali definiti si affianca nella proposta la volontà di cooperazione con i Paesi interessati da realizzare essenzialmente mediante il dialogo politico⁶⁷.

L'intento dell'Unione di definire norme con potenzialità di diffusione tendenzialmente globale emerge con chiarezza rispetto alla regolazione delle nuove tecnologie, in particolare riguardo ad aspetti quali la responsabilità delle piattaforme online, la concorrenza nei mercati digitali, la cybersecurity e, soprattutto, le applicazioni basate sulla intelligenza artificiale. Certamente alcuni atti e proposte normative implicano un effetto estensivo, come il *Digital Services Act*, il *Digital Markets Act*, il *Data Governance Act*, sopra menzionati, e la proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale⁶⁸. Se tale effetto deriva dalle caratteristiche intrinseche della tecnologia digitale, tuttavia l'attivismo dell'Unione in questi ambiti come anche alcuni contenuti delle normative adottate o proposte evidenziano la volontà di elaborare regole con potenzialità di diffusione, che potrebbero innescare un "effetto Bruxelles" analogo, o potenzialmente anche più marcato, di quello che caratterizza la espansione del GDPR⁶⁹.

La volontà di tutelare i diritti fondamentali costituisce un elemento portante nella regolazione delle nuove tecnologie delineata dall'Unione. I documenti della Commissione sintetizzano tale obiettivo attraverso il richiamo alla costruzione di una tecnologia antropocentrica, qualificando, mediante tale termine, l'impegno a realizzare un sistema che ponga i diritti umani come asse centrale dello schema normativo delineato. La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale mostra con evidenza questo approccio giacché mira specificamente a contenere le applicazioni fondate su applicazioni di intelligenza artificiale al fine di evitare violazioni dei valori dell'Unione; la proposta si fonda, infatti, su un sistema di livelli di rischio che vede proprio nei diritti fondamentali l'elemento discriminante tra le applicazioni vietate e quelle ammesse, e definisce criteri più o meno rigorosi di utilizzo, modellati sul grado di pregiudizio che le tecnologie implicano riguardo alla tutela di tali diritti. La dialettica tra, da un lato, l'intento di espandere la capacità dell'Unione nell'attività di ricerca e di diffusione delle tecnologie innovative⁷⁰ e, dall'altro, l'esigenza di garantire il contenimento e la *governance*

⁶⁷ Al meccanismo di natura fiscale si accompagna, infatti, l'intento di «valutare le possibilità di dialogo e cooperazione per quanto riguarda l'attuazione di elementi specifici del meccanismo» con i paesi terzi i cui scambi con l'UE sono interessati dal regolamento. Si prospetta inoltre la possibilità di concludere accordi con tali paesi per tener conto del meccanismo di fissazione del prezzo del carbonio.

⁶⁸ Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.

⁶⁹ Come notano A. BENDIEK e I. STUERZER, *The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate*, in *Digital society*, 2023, n. 5, p. 19, «it is observable that European policy-makers set or propose standards concerning companies and markets largely beyond».

⁷⁰ Riguardo alla quale l'Unione manifesta l'intento di voler costruire una "sovranità tecnologica" nella competizione con i Paesi più avanzati. Cfr. in argomento S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *Quaderni AISDUE, Atti del Convegno "L'Unione europea dopo la pandemia"*, 2022, p. 159 ss.

degli sviluppi tecnologici caratterizza l'elaborazione del quadro normativo da parte delle istituzioni europee; ciò impronta fortemente l'attività propositiva della Commissione verso la ricerca di una "via europea" allo sviluppo tecnologico che permetta di contenere le innovazioni all'interno del perimetro disegnato dal nucleo comune di valori e di principi etici. La relazione che accompagna la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale manifesta con evidenza la volontà di rafforzare «in maniera significativa il ruolo dell'Unione per quanto riguarda il contributo alla definizione di norme e standard globali e la promozione di un'IA affidabile che sia coerente con i valori e gli interessi dell'Unione». L'intento di una proiezione esterna delle norme enunciate e di una cooperazione normativa nelle relazioni con gli Stati terzi si riflette anche nella possibilità che la conformità dei prodotti ai criteri previsti dal regolamento sia accertata da organismi di valutazione stabiliti in uno Stato terzo che siano stati autorizzati, a tal fine, in base ad un accordo concluso tra l'Unione e lo Stato stesso (art. 39 della proposta).

La strategia dell'Unione volta a favorire la diffusione oltre i propri "confini" di soluzioni normative relative alle nuove tecnologie comporta, correlativamente, la promozione dei valori europei ai quali le normative stesse si conformano. Ciò è espresso dalla Dichiarazione europea sui diritti e i principi per il decennio digitale⁷¹ nella quale si legge, tra l'altro, che l'Unione dovrebbe promuovere la Dichiarazione «nelle relazioni con altre organizzazioni internazionali e con i paesi terzi, anche prendendo in considerazione tali diritti e principi nelle sue relazioni commerciali, affinché i principi guidino i partner internazionali verso una trasformazione digitale che metta al centro le persone e i loro diritti umani universali in tutto il mondo». Emerge così l'obiettivo dell'Unione di promuovere, attraverso i principi enunciativi nella Dichiarazione, lo sviluppo a livello globale di una transizione digitale conforme ai diritti fondamentali; a tal fine si prospetta un ruolo dell'Unione sia nei rapporti con Stati terzi sia attraverso un impegno multilaterale nelle organizzazioni internazionali e nell'attuazione delle linee da queste ultime definite, come la realizzazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

A tali obiettivi corrispondono azioni concrete ormai collocate nel quadro di una vera e propria "diplomazia digitale", delineata nel luglio 2022 dal Consiglio dell'Unione nella formazione affari esteri⁷²; nelle conclusioni del Consiglio si legge

⁷¹ La Dichiarazione è stata firmata da Commissione, Parlamento europeo e Consiglio il 15 dicembre 2022 sulla base di una proposta della Commissione (COM(2022)28 del 22 gennaio 2022). Cfr. sulla Dichiarazione P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Diritto dell'Unione europea-Osservatorio europeo*, marzo 2022; E. QUINN, *Much Ado About Nothing. The European Declaration on Digital Rights and Principles*, in *Verfassungsblog*, 22 dicembre 2022; L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali: quid pluris?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 381 ss. Per qualche cenno al ruolo della Dichiarazione nel sistema delle fonti dell'Unione mi permetto di rinviare anche al mio scritto *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, p. 321 ss.

⁷² Bruxelles, 18 luglio 2022, 11406/22.

che l'obiettivo della diplomazia digitale dell'UE è «rafforzare il ruolo globale dell'UE nelle questioni digitali, sulla base di priorità geopolitiche comuni», promuovere «attivamente i diritti umani universali e le libertà fondamentali, lo Stato di diritto e i principi democratici nello spazio digitale», nonché sostenere «un approccio alle tecnologie digitali antropocentrico e fondato sui diritti umani nei pertinenti consessi multilaterali e in altre piattaforme». In questo contesto, l'azione dell'Unione mira a sviluppare un'attività fondata sulla cooperazione con gli Stati che condividono gli stessi principi e che «si fonderà sui diritti umani universali, le libertà fondamentali, lo Stato di diritto e i principi democratici».

Tra gli strumenti della diplomazia digitale rileva la possibilità che siano conclusi con Paesi terzi accordi di “Digital Partnership” che prevedono forme di collaborazione anche ai fini dello sviluppo di regole comuni; l'accordo concluso tra l'Unione e Singapore il primo febbraio scorso⁷³ manifesta tale approccio indicando che le parti «recognise that countries should work together to shape digital rules and standards» e precisando che esse intendono «to cooperate and seek to align positions in practical initiatives that further the development of trustworthy and responsible AI»⁷⁴. Un intento di condivisione nella *governance* delle tecnologie è espresso anche nell'accordo tra l'Unione e gli Stati Uniti che ha istituito il Trade and Technology Council (TTC)⁷⁵ con il compito di delineare un quadro volto a definire degli standard comuni sulla base di incontri di gruppi di lavoro tecnici e di riunioni a livello ministeriale. Tali strategie portano ad evidenziare un atteggiamento dell'Unione orientato non solo verso la competizione normativa nella regolazione delle tecnologie, ma diretto anche a creare “alleanze” con l'obiettivo di individuare soluzioni condivise nella definizione dei limiti agli sviluppi tecnologici ritenuti necessari per assicurare la tutela dei diritti fondamentali⁷⁶.

⁷³ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/eu-singapore-digital-partnership>, ultima consultazione 26 aprile 2023.

⁷⁴ L'attività dell'Unione si esplica anche nell'ambito della *Global Partnership on Artificial Intelligence* (GPAI), avviata nel giugno 2020 su impulso del G7, che svolge funzioni di carattere essenzialmente scientifico e di ricerca: <https://gpai.ai/>, ultima consultazione 2 maggio 2023.

⁷⁵ Tale istituto, che costituisce un forum di dialogo tra l'Unione e gli Stati Uniti su questioni relative al commercio e alle tecnologie, è stato istituito in occasione dell'incontro EU-USA del 15 giugno 2021:

https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-us-trade-and-technology-council_en, ultima consultazione 2 maggio 2023. Tra gli obiettivi espressi dall'Unione e dagli Stati Uniti vi è quello di promuovere «their values worldwide via an open, free, global, interoperable, reliable, and secure Internet, as reflected in the Declaration for the Future of the internet signed by more than 60 partners».

⁷⁶ Alla competizione normativa si affianca infatti, in alcune aree, un crescente impegno ispirato a strategie di cooperazione. L'esigenza che l'Unione sviluppi forme di collaborazione normativa è posta in luce da RENDA, *Beyond the Brussels effect*, cit., p. 10, che osserva come «rules diffuse not only through regulatory competition, but rather through international standards and regulatory cooperation. And here, the EU appears to perform less well, according to the scholarly literature».

AUTODETERMINAZIONE, DIGNITÀ E VITA NEL SUICIDIO ASSISTITO E NELL'EUTANASIA

ANTONIO GORGONI*

La legge n. 219/2017 (“Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento”) rappresenta un tappa significativa del percorso di affermazione della centralità della persona anche nelle scelte sulla fine della propria vita. Il suo pregio è di aver bilanciato, con equilibrio, i quattro valori fondamentali che vengono in rilievo: vita, salute, dignità e autodeterminazione. Il saggio muove da questo dato, metodologicamente necessario, per riflettere sul rapporto tra potere legislativo e ambito di intangibilità/incoercibilità della sfera decisionale del paziente, seguendo un filo storico-evolutivo normativo e giurisprudenziale. Questo approccio consente non solo di individuare il fondamento di alcune disposizioni della legge citata, ma anche di intravedere le prospettive de jure condendo alle quali il legislatore non può più sottrarsi.

The law n. 219/2017 (“Regulations on informed consent and advance treatment provisions”) represents a significant step in the process of affirming the centrality of the person also in choices about the end of one’s life. Its merit is that it has balanced, with balance, the four fundamental values that are highlighted: life, health, dignity and self-determination. The essay starts from this datum, methodologically necessary, to reflect on the relationship between legislative power and the area of intangibility/incoercibility of the patient’s decision-making sphere, following a historical-evolutionary regulatory and jurisprudential thread. This approach allows not only to identify the basis of some provisions of the aforementioned law, but also to glimpse the de jure condendo perspectives from which the legislator can no longer escape.

SOMMARIO: – 1. Potere politico e autodeterminazione del paziente nella fase finale della vita. Quale rapporto? – 2. – I limiti normativi della potestà legislativa rispetto alla sfera di libertà del malato. – 3. Tutela della vita quale valore non assoluto. – 4. Il “caso Englaro” e le basi degli sviluppi successivi. – 5. La legge n. 219/2017 e il pluralismo dei valori ancora incompiuto. – 6. Suicidio assistito e procedimento di formazione della volontà quale garanzia della vita e dell’autodeterminazione. – 7. Ulteriori sviluppi del sistema ordinamentale.

* Professore di Diritto privato presso l’Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2023 A. Gorgoni. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI: <https://doi.org/10.36253/lng-xxxx>

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

1. *Potere politico e autodeterminazione del paziente nella fase finale della vita. Quale rapporto?* – Il tema del fine vita incontra un legislatore esitante rispetto a una giurisprudenza e a una dottrina¹ capaci di tracciare e sviluppare una linea evolutiva sullo sfondo del progressivo mutamento del rapporto tra individuo e Stato, tra autodeterminazione del singolo e sfera di intervento del potere politico. L'esitazione deriva dall'assenza intollerabile di una regolamentazione normativa del suicidio assistito, nonostante due interventi di apertura della Corte costituzionale², e dell'eutanasia.

Com'è noto la distinzione tra queste due pratiche mediche sta nella diversità della condotta causante la morte del paziente: nell'aiuto al suicidio è il paziente che, con un suo gesto, innesca il farmaco letale; nell'eutanasia è, invece, il medico a somministrare direttamente il farmaco inducendo la morte. In entrambi i casi colui il quale abbia agevolato o provocato il decesso della persona commette un reato (artt. 579-580 c.p.), salvo quanto si dirà a proposito della parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. con riguardo al concorso materiale nell'aiuto al suicidio di un malato incurabile³.

In definitiva l'inerzia del legislatore e le due fattispecie penalistiche dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio comprimono eccessivamente “il governo del corpo” da parte del malato, il quale rimane assoggettato alla malattia e alle tecniche mediche di sopravvivenza. Invece, dovrebbe essere il malato stesso a decidere liberamente come affrontare le conseguenze di un male incurabile e se avvalersi dell'innovazione scientifica e tecnologica per sopravvivere. Lo impone il contesto plurale dei valori di riferimento, dove il bene della vita deve confrontarsi con altri beni, in posizione non subordinata, quali l'autodeterminazione e la dignità di ogni persona.

Per stabilire quale possa essere la regolamentazione giuridica sul fine vita, è decisivo ritornare su una domanda già posta da autorevoli giuristi: entro quali

¹ P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, p. 99 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 250 ss., il quale sintetizza la storia del termine “autodeterminazione” a partire dal primo dopoguerra; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e diritti della persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 719 ss.; R. CATERINA, *Ai confini dell'autonomia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 3, p. 462 ss.; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008. V. la posizione critica di C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 4, p. 1037 ss.

² Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *Famiglia e diritto*, 2019, 3, p. 229 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul caso Cappato*; in *Corriere giuridico*, 2019, 4, p. 457 ss. con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 3, p. 540 ss., con nota di M. AZZALINI, *Il “caso Cappato” tra moniti al legislatore, incostituzionalità “prospettate” ed esigenze di tutela della dignità della persona*. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, 2, p. 357 ss., con nota di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel “labirinto” del fine vita*; in *Famiglia e diritto*, 2020, 3, p. 221 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*; in *Corriere giuridico*, 2020, 2, p. 145 ss., con nota di M. BIANCA, *Aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio*.

³ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

limiti il legislatore può delimitare l'ambito in cui il malato intenda disporre del suo corpo quando l'Io non vi si riconosca più?⁴ In altri termini: quanto il corpo può essere “giuridificato”?⁵

La questione, ancora aperta, è delicatissima perché, da un lato, evoca il riconoscimento di una sfera intima della persona impermeabile al potere regolativo discrezionale del legislatore⁶, dall'altro, impone di non obliterare l'intervento solidaristico delle istituzioni e delle professionalità coinvolte a tutela della vita e a sostegno (anche psicologico) del paziente. Il punto di equilibrio tra queste due esigenze normative, di libertà e di protezione della persona, è emerso con chiarezza se solo si guardi all'evoluzione ordinamentale.

Si intende riflettere perciò sui limiti che incontra il potere politico rispetto alla sfera intima del singolo e sulla possibile ulteriore evoluzione dell'ordinamento quanto alle scelte praticabili del malato nella fase finale della sua vita. Il che condurrà a chiedersi se sia configurabile un vero e proprio diritto di morire e un diritto di scegliere come morire.

2. *I limiti normativi della potestà legislativa rispetto alla sfera di libertà del malato.* – In ordine ai limiti del potere politico rispetto alla libertà personale del malato è indispensabile richiamare alcune disposizioni sovraordinate alla legge ordinaria, le quali esprimono, com'è stato lucidamente affermato⁷, un «trasferimento di potere, anzi di sovranità» dallo Stato all'individuo. L'art. 32, comma 2, Cost., nel porre la riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori, stabilisce che in nessun caso la legge può «violare i limiti derivanti dal rispetto della persona umana». Il potere politico, quindi, da un lato si autolimita di fronte

⁴ ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, cit., p. 101 ss. ha indagato magistralmente le diverse sfaccettature dell'appartenenza – una «nebulosa» – del corpo. Egli afferma che «il diritto è chiamato a distinguere, tra relazioni in cui la realtà biologica dell'individuo è assorbita nel valore e nella tutela dell'identità» con riferimento alle quali viene in rilievo il “mio” corpo, e altre relazioni in cui si possa mantenere, ma governare, una dicotomia tra io-soggetto e corpo-oggetto dove rileva, invece, il corpo “mio”. Questa distinzione tra il “mio” corpo (come esperienza di sé, l'essere un corpo) e il corpo “mio” (come possibile oggetto non di proprietà) dovrebbe essere valorizzata dal legislatore, nel senso non già di eterodirigere la persona, ma di garantirne spazi di libertà senza svilirne la vita. Un altro grande giurista, S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, era in sintonia, anche terminologica, con Paolo Zatti; scrive, infatti, Rodotà che «la giuridificazione non può costruire una distanza della persona dal suo corpo» (p. 60).

⁵ RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, cit., p. 51 ss. traccia un quadro nitido degli ambiti più rilevanti in cui il legislatore dovrebbe intervenire per evitare le derive del “riduzionismo biologico” della persona e della logica proprietaria delle parti staccate dal corpo (cfr. in particolare pp. 60-63 in cui si enuncia l'idea di corpo come “unità funzionale”, utile tra l'altro sul piano risarcitorio). L'Autore analizza in particolare il corpo nel ciberspazio dove esso si scompone, si dissemina, si falsifica e dove è manipolabile (attraverso i dati biometrici) e localizzabile. C'è un intreccio tra corpo fisico e tecnologia nel *web*, tra corpo fisico e nanotecnologie che deve essere regolato tenendo conto dei riferimenti costituzionali alla libertà, dignità e uguaglianza (pp. 68-70).

⁶ P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, p. 296 ss., si chiede «se sia giusto che una legge dello Stato vincoli i cittadini a riconoscersi in una determinata antropologia»; il che evoca il rapporto tra diritto e filosofia. La questione è posta dall'Autore anche rispetto alle verità scientifiche, le quali non dovrebbero penetrare in quel “territorio” più profondo dell'essere umano da lasciare al governo della volontà del singolo paziente.

⁷ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 259.

al valore della persona, dall'altro – ed è il punto di maggior guadagno ermeneutico – attribuisce alla persona stessa il potere di scegliere che cosa sia più rispettoso di sé e delle proprie più radicate convinzioni⁸. Diversamente se tale attribuzione spettasse allo Stato, crollerebbe proprio il limite costituzionale del rispetto della persona umana, potendo il legislatore decidere sugli aspetti che connotano maggiormente la sfera più profonda dell'individuo.

Una conferma di questa cessione di sovranità si desume dal confronto tra l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e l'art. 26 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997. Quest'ultimo articolo⁹, diversamente dall'art. 8 Cedu, non prevede tra le ragioni giustificatrici dell'intervento di un'autorità pubblica la necessità di protezione della morale. A volere significare che la legge ordinaria non impone più una morale esterna al singolo individuo, almeno con riferimento alle questioni attinenti alla salute; esso è considerato libero di costruire la propria identità e di assumere quelle decisioni che gli corrispondano.

La valorizzazione dell'identità personale ha giocoforza una conseguente marcata riduzione delle imposizioni e intrusioni dello Stato o dei privati nelle scelte esistenziali fondamentali a tutto vantaggio dell'autodeterminazione¹⁰. Si

⁸ *Ibidem*, sottolinea l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'ultima parte dell'art. 32, comma 2, Cost. sul limite del rispetto della persona umana: si è passati dalla sua finalità storica di protezione della fisicità della persona (uomo-cavia/sperimentazioni) a quella dei moti della coscienza. Rodotà cita, infatti, Vezio Crisafulli, il quale aveva ricondotto proprio a tale disposizione il rispetto della libertà di coscienza e della fede religiosa.

⁹ L'art. 26 della Convenzione di Oviedo stabilisce che «l'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla *sicurezza pubblica*, alla *prevenzione delle infrazioni penali*, alla *protezione della salute pubblica* o alla *protezione dei diritti e libertà altrui*». Il potere pubblico, quindi, è legittimato nella sua azione politica solo ove si debbano tutelare determinate finalità, perché, come stabilisce l'art. 1 della stessa Convenzione, la persona è protetta «nella sua dignità e nella sua identità» e le è garantito «il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali». L'identità e l'integrità personale, quali valori giuridici primari espressivi dell'essenza della persona, sono fattori che contengono il potere legislativo. Identità personale e coercizione pubblica tendenzialmente non si armonizzano.

¹⁰ Cass., 9 marzo 2023, n. 7029, in www.osservatoriofamiglia.it, afferma che «costituisce innegabile portato dell'evoluzione della società negli ultimi decenni l'acquisizione della consapevolezza del rispetto che merita qualunque scelta di orientamento sessuale e del fatto che essa attiene a una sfera intima e assolutamente riservata della persona» [corsivo mio]. Quindi né il potere politico né i privati possono violare questa sfera personalissima limitando l'autodeterminazione del singolo o rendendola oggetto di scherno. Nel caso di specie, la Cassazione ha censurato alcune frasi pronunciate ai danni di una collega di lavoro, ritenute lesive della sua dignità in quanto volte a schernirne pubblicamente il supposto orientamento omosessuale. Sul piano applicativo, la clausola generale del recesso per giusta causa del datore di lavoro rispetto al lavoratore che ha tenuto la condotta lesiva va concretizzata con i parametri valoriali di cui agli artt. 2 (diritti inviolabili), 3 (pari dignità sociale senza distinzione di sesso), 4 e 35 della Costituzione e dell'art. 26 d. lgs n. 198/2006 (codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

pensi alla crescente rilevanza dell'identità di genere auto-percepita¹¹, dell'opinione del disabile¹² o del minore di età¹³ nelle questioni che li riguardano. Rimanendo in ambito sanitario, l'art. 3, comma 2, l. n. 219/2017 stabilisce non solo che il rappresentante legale debba tener conto della volontà del minore stesso, ma anche che la decisione assunta abbia lo scopo di tutelarne la salute psicofisica, la vita «nel pieno rispetto della sua dignità»¹⁴. Anche il disabile vede valorizzata la capacità di esprimere il proprio volere, stante la necessità di coniugare la tutela della vita con quella della dignità¹⁵.

Insomma il sistema valoriale alla base del nostra Repubblica consta di un intreccio tra vita, salute, dignità e autodeterminazione (art. 1, l. n. 219/2017), tutti beni, questi, da tutelare in ossequio agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e agli artt. 1, 2 e 3 CDFUE come ben interpretati e valorizzati dalla giurisprudenza e dalla migliore dottrina.

Se questi sono i valori, compito del potere pubblico non è quello di positivizzare la propria ideologia nell'ambito del fine vita, ma di consentire al malato di scegliere quale sia la soluzione migliore per sé¹⁶. E qui veniamo

¹¹ AA.VV., *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, a cura di V. Pescatore, Torino, 2021, *passim*. L'elemento che accomuna gli Autori del libro è il riferimento ai valori e ai diritti fondamentali che informano il tema dell'identità di genere: dignità, salute, autodeterminazione, uguaglianza e diritto all'identità personale (art. 2 Cost.); un diritto, quest'ultimo, da intendersi nell'accezione "più matura" di diritto della persona di essere considerata dagli altri come ella si sente e quindi come diritto di divenire ciò che la persona sente di essere. Questo aspetto è ben sottolineato, nel saggio introduttivo del volume, da V. PESCATORE, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, p. 16.

¹² Cfr. art. 410, comma 1, c.c.; art. 3, lett. a) e art. 12, comma 4, Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006 ratificata con legge n. 18/2009; e art. 26 CDFUE.

¹³ Cfr. art. 315-bis, comma 3, c.c.; art. 24, comma 1, CDFUE; e art. 12 Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (ratificata con legge n. 176/1991).

¹⁴ Se la dignità si lega all'identità personale nel senso che la prima si riempie di contenuto valoriale in ragione del progressivo sviluppo della seconda, si potrà giustificare in base a questi due pilastri dell'ordinamento la prevalenza della volontà del "grande minore" (di anni dodici) rispetto al volere dei genitori. Ciò è accaduto, di recente, con riguardo alla vaccinazione anti Covid, laddove il minore intendeva vaccinarsi mentre uno dei genitori era contrario. In questo caso, il tribunale, ascoltato il minore, ha autorizzato l'altro genitore, favorevole alla vaccinazione, a rappresentare il figlio sottoscrivendo il modulo sul consenso informato (Trib. Firenze, 15 febbraio 2022; Trib. Milano, 13 settembre 2021; Trib. Monza, 22 luglio 2021, tutte in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

¹⁵ Ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 219/2017, l'interdetto, ove possibile, deve essere sentito dal tutore, il cui consenso al trattamento medico è volto alla «tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità». Al beneficiario dell'amministrazione di sostegno è riconosciuta, invece, una capacità di agire più ampia, potendo egli esprimere o rifiutare il consenso al trattamento sanitario unitamente all'amministratore di sostegno. L'art. 3, comma 4, l. n. 219/2017 prevede, infatti, che quand'anche all'amministratore di sostegno sia stata attribuita la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso è espresso «anche» dallo stesso amministratore. Cfr. anche l'art. 3, comma 5, l. n. 219/2017 come reinterpretato a tutela della vita dalla Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144 su cui *infra* in nota.

¹⁶ Secondo A. APOSTOLI, *Trattamenti di conversione sessuale e principi costituzionali*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, a cura di V. Pescatore, Torino, 2021, p. 111, «se è vero com'è vero che la Repubblica esprime e assicura i principi dell'inviolabilità dei diritti, dell'eguaglianza, della pari dignità e della libertà di tutti i suoi membri, allora è anche vero che la stessa Repubblica non autorizza la sostituzione di determinazioni eteronome all'autonomia del soggetto».

a un altro punto: la cessione della sovranità all'individuo non implica un soggettivismo assoluto. L'autodeterminazione, pur essendo un diritto autonomo dal diritto alla salute¹⁷, non è stata assolutizzata dalla Costituzione, poiché la libertà ha una fondazione sociale come si evince, tra l'altro, dal riferimento alla «dignità sociale» di cui all'art. 3, comma 1, Cost. e dal principio di solidarietà qualificata ancora una volta come “sociale”¹⁸.

Vedremo, quindi, come al paziente sofferente debba essere assicurato un contesto comunicativo e di sostegno in cui egli possa maturare le proprie determinazioni, anche assumendo la decisione di terminare la propria vita. Ma allora se le istituzioni devono garantire uno spazio di libertà alla persona (art. 3, comma 2, Cost.), rimuovendo gli ostacoli che le impediscano di affermare se stessa nel fine vita, si configura, come si cercherà di dimostrare, in certi casi ed entro precisi limiti, un diritto di morire e un diritto di scegliere come morire¹⁹.

È pacifico che le due fattispecie penalistiche dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio non tengono conto – perché risalenti nel tempo – del mutato contesto medico-scientifico in cui al paziente è data la possibilità di continuare a vivere solo come corpo, senza socialità né progetti, con sofferenze fisiche e psichiche talvolta non arginabili. E la politica, sebbene non sia riuscita a introdurre una normativa che consenta al malato di liberarsi dalla tecnoscienza, si è mostrata consapevole del *favor* dell'opinione pubblica per l'aiuto al suicidio assistito, come emerge dalle introduzioni ad alcuni disegni di legge in materia²⁰.

¹⁷ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corriere giuridico*, 2010, 9, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 4, p. 816 ss., con nota di G. CHIANINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 3, p. 191 ss., con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*. In senso conforme cfr. Cass., 11 gennaio 2023, n. 509, in *Banca dati-Leggi d'Italia*. Cfr. più di recente G. NAVONE, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 6, p. 1394 ss.

¹⁸ G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.

¹⁹ Il legislatore è ben consapevole della rilevanza della volontà libera del paziente di porre fine alla propria vita, tant'è che nell'Introduzione alla proposta di legge n. 3101-XVIII legislatura d'iniziativa del deputato Trizzino, intitolata “*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*”, si afferma: «il pubblico [...] deve intervenire per permettermi di esercitare in piena libertà il mio diritto a scegliere se continuare a vivere – senza dolore – o morire dignitosamente». Perciò la volontà di morire del paziente rileva in un contesto di socialità che ne assicuri la riconducibilità alla sfera identitaria del paziente stesso.

²⁰ Nell'introduzione al testo del ddl n. 912-XVIII legislatura (“*Disposizioni in materia di eutanasia*”), in www.senato.it, dopo un richiamo al pensiero di alcuni premi Nobel favorevoli all'autodeterminazione del malato, si afferma che «nelle società moderne e secolarizzate l'opinione pubblica è, quindi, sempre più favorevole a richiedere una morte assistita, dignitosa e, per quanto possibile, libera da sofferenza inutile. Viene quindi riconosciuto un diritto a non subire accanimento terapeutico quando le condizioni sono irreversibili. C'è un diritto alla vita ma anche un diritto alla morte». Cfr. anche il testo unificato adottato come testo base dalle Commissioni riunite II e XII contenente “*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*” e la proposta di legge n. 3101-XVIII legislatura, cit., reperibili *online* nel sito della Camera e del Senato.

Vero è che, ad oggi, la conservazione della cornice normativa esistente costringe il malato a subire, in certi casi, una condizione fisio-psichica non voluta e a recarsi in un altro paese per porre fine alla propria esistenza; questo non fa onore al nostro Paese. Gli artt. 579 e 580 del codice penale andrebbero modificati in un rinnovato bilanciamento tra vita, autodeterminazione, dignità e salute.

Si ravvisa, insomma, pur in un contesto normativo in evoluzione, soprattutto per opera della giurisprudenza, un disequilibrio tra i due ambiti del potere pubblico e della libertà del singolo di scegliere se e come morire; vi è ancora una predominanza del primo, incompatibile con il quadro ordinamentale di riferimento da cui emerge la necessità di garantire al malato una maggiore disponibilità della propria vita²¹.

Non si giustifica questo doloroso silenzio del legislatore, limitante il campo delle scelte individuali e offensivo del senso di dignità del vivere del malato.

3. *Tutela della vita quale valore non assoluto.* – Ritenere che la vita sia un bene giuridico protetto in assoluto è un'affermazione non sostenibile sul piano giuridico. Semmai è una certa impostazione filosofica a poter far leva sull'universalità dell'etica, la quale garantirebbe il diritto alla vita e alla cura, opponendosi a ogni tentativo di configurare una forma legittima di aiuto al suicidio e, meno che mai, un diritto di morire²².

Diritto e filosofia devono integrarsi fruttuosamente – si è parlato acutamente di «filosoficità dell'esperienza giuridica»²³ – ma talvolta si scontrano sulla metodologia di risoluzione dei problemi sociali. E allora il giurista deve ribadire che connaturata al diritto non è la coerenza perfetta del sistema ordinamentale, né la logicità stringente del discorso, ma la ragionevolezza

²¹ F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 2, p. 153 ss., propende per l'indisponibilità della vita, pur riconoscendone la tensione con la dignità umana e con l'autodeterminazione del paziente (p. 161).

²² Così A. PESSINA, *Darsi la morte. Alcune riflessioni filosofiche su suicidio e suicidio medicalmente assistito*, in *Rivista di filosofia Neo-Scolastica*, 2020, 3, p. 825 ss.

²³ A. PUNZI, *Filosofia del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto-agg.* 2002, VI, p. 1171, muovendo dal superamento della distinzione tra «filosofia del diritto per i giuristi» e «filosofia del diritto per filosofi», sostiene la necessaria compenetrazione tra diritto e filosofia. Il bisogno esistenziale di verità contro il nichilismo, la diffusione dell'ermeneutica e la restituzione del diritto "all'orizzonte della ragion pratica" rendono quasi naturale l'intreccio tra queste due scienze pratiche. Anche G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 77-78, sottolinea come la filosofia sia connaturata al lavoro del giurista purché si sia convinti, secondo le parole di Heidegger, che la filosofia «non ha il compito di prendersi cura dell'umanità universale», ma deve essere «filosofia del proprio tempo, logica e interpretazione della vita come è adesso»; ciò, continua Vettori, unitamente alla «coscienza storica».

della soluzione discorsiva rispetto al fatto²⁴ e a un dato contesto normativo²⁵ dominato dal valore della persona e dalla sua dignità²⁶. Non fosse altro perché la coesistenza di più valori costituzionali impone un loro bilanciamento, il quale garantisce la tenuta sociale, fissando un punto di equilibrio accettabile assiologicamente e non solo logicamente²⁷. Perciò delimitare uno spazio di legittimità dell'aiuto al suicidio, ben possibile come ha dimostrato la Corte costituzionale, non significa al contempo, come è stato affermato, che chi scelga di non suicidarsi si porrebbe su un piano di immoralità²⁸.

È innegabile che la vita umana debba beneficiare di un livello elevato di protezione, ma la nostra Costituzione non è strutturata sull'universale; essa si concentra sulla persona singola, sullo sviluppo della sua personalità, sulle libertà individuali, sul pluralismo dei valori e sul riconoscimento reciproco dei diritti fondamentali. Ne consegue che la dignità umana è concepibile non già come un tutt'uno con il diritto alla vita, se non smarrendo la

²⁴ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2022, p. 216, afferma che la ragionevolezza non è «un canone gnoseologico dell'interpretazione, ma [...] un principio alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a divenire diritto». L'interprete deve drammatizzare gli esiti interpretativi, valutandoli sul piano della pratica, «alla luce della *phronesis* gadameriana che è saggezza prudente». Questo approccio metodologico appare adeguato alla complessità dell'oggi come ci ricordano due altri Autori: PUNZI, *Filosofia del diritto*, cit., p. 1173-1174, quando scrive che «il nostro tempo sembra volere tornare a ragionare in termini di verità. Senza dogmatiche pretese di possederla. Senza dogmatiche pretese che non esista»; VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 166, ritiene che il civilista, attraverso l'«ermeneutica dell'effettività», «[possa] vivere il diritto come esperienza veritativa; meglio, il diritto diviene luogo di verità attraverso precisi percorsi». Senza, però, farsi schiacciare dal fatto, operando, secondo Giuseppe Benedetti richiamato da Giuseppe Vettori, come «vigili custodi del *dover essere*».

²⁵ VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 165, afferma che «il procedimento ermeneutico deve porsi il problema della coerenza del sistema [n.d.r. si evoca la dogmatica di Luigi Mengoni] e la dimensione del Forse va intesa come consapevolezza che non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora».

²⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, II, p. 225 ss., nel discorrere del bilanciamento quale attività interpretativa, afferma, riprendendo le parole di Pierluigi Chiassoni, che l'interpretazione è sempre realizzata con una certa dose di discrezionalità «vuoi nello stabilire il peso delle variabili, qualora si adotti la via del bilanciamento, vuoi nello stabilire le condizioni di applicazione dei principi e nel qualificare i fatti». Strumento di contenimento della discrezionalità è, secondo l'illustre Autore, la ragionevolezza nel modo di utilizzo dei principi e dei valori, inevitabilmente condizionato dal contesto storico-culturale di riferimento (p. 398 ss.) e «da indici normativi, dai valori-guida del sistema, desumibili dai principi e dalle regole unitariamente considerati» (p. 402).

²⁷ Ivi, pp. 404-406, chiarisce come non si tratti di teorizzare «che in diritto il razionale sia soltanto ragionevole»; piuttosto imprescindibile è «un argomentare giuridico che sia compatibile necessariamente con un preciso contesto valoriale e culturale o, se si preferisce, con la razionalità-ragionevolezza del sistema racchiusa nei suoi fondamenti identificativi».

²⁸ Così, invece, PESSINA, *Darsi la morte. Alcune riflessioni filosofiche su suicidio e suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 838, secondo cui «indicando condizioni oggettive di legittimità del suicidio si pongono nell'implicita condizione di ritenere immorale la scelta di chi, in condizioni analoghe, lo rifiutasse». Il giurista ragiona diversamente: la rilevanza dell'identità personale di ciascun individuo e della diversità di opinioni su come affrontare la fine della propria vita implica che, a parità di condizioni, debba essere tutelato sia chi propenda per il suicidio assistito sia chi scelga di vivere fino alla fine. Entrambe le scelte hanno valore giuridico in quanto attuative dell'identità e della dignità personale.

propria autonomia concettuale, ma come bene autonomo in posizione dialettica anche oppositiva con il bene vita.

Sia chiaro: la vita umana gode della massima considerazione da parte degli ordinamenti imperniati sul costituzionalismo novecentesco. La Costituzione italiana, pur non menzionando espressamente il diritto alla vita, lo postula necessariamente quale architrave del principio personalistico (art. 2 Cost.). La Convenzione per la salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con legge n. 848/1955, dedica l'art. 2 proprio al "diritto alla vita", stabilendo che esso è protetto dalla legge. Parimenti l'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che «Ogni persona ha diritto alla vita». Tuttavia queste disposizioni non devono essere isolate dal complesso sistema ordinamentale, bensì lette con altri articoli della Costituzione: con l'art. 2 che riconosce e promuove i diritti inviolabili, l'identità e la dignità della persona; con l'art. 13, comma 1, che proclama l'invulnerabilità della libertà personale e con l'art. 32 che tutela la salute e pone una riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori.

Vi sono, inoltre, altre fonti da richiamare quali la Convenzione di Oviedo del 1997, resa esecutiva con legge n. 145/2001, con il suo art. 5 sul consenso del paziente, la CEDU dove all'art. 8 si prevede il diritto al rispetto della vita privata e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea [di seguito CDFUE] che all'art. 3 declina il diritto all'integrità della persona.

Da queste fonti si desume, per un verso, la rilevanza del consenso informato²⁹, per altro verso, la necessità, in certe situazioni, di bilanciare il diritto di autodeterminarsi sulla propria salute con la tutela della vita e con la dignità umana; concetto, quest'ultimo, sfuggente solo se lo si pensa in astratto, da

²⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 3, p. 363 ss., con nota di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 10, p. 331 ss., con nota di M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*; in *Famiglia persona e successioni*, 2008, 6, p. 508 ss., con nota di A. GORGONI, *La rilevanza della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Famiglia e diritto*, 2008, 2, p. 129 ss., con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 1, p. 100 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Famiglia persona e successioni*, 2008, p. 966 ss., secondo cui la Cassazione non avrebbe incrinato il principio della indisponibilità della vita né invaso il campo del legislatore.

valorizzare in concreto senza assolutismi, accogliendone un'accezione inevitabilmente soggettiva in un contesto giuridico di socialità³⁰.

Il bene vita non è gerarchicamente superiore al bene dignità, anzi sembrerebbe semmai il contrario³¹. Non è un caso che la CDFUE esordisca con un articolo dedicato alla “dignità umana”, collocando successivamente nell'art. 2 il diritto alla vita, a voler sottolineare che una vita senza dignità è una condizione negativa cui l'ordinamento deve rimediare. È la dignità ad attribuire un senso all'esistenza, ecco perché essa «deve essere *rispettata e tutelata*» (art. 1 CDFUE).

Si impone allora una domanda: si viola la dignità della persona costringendola a vivere con sofferenze insopportabili? Ancora: ammettere l'aiuto al suicidio negando al contempo la legittimità in ogni caso dell'eutanasia lede la dignità e il principio di uguaglianza? Si cercherà di rispondere, ripercorrendo diacronicamente lo sviluppo dell'ordinamento giuridico sulle questioni del fine vita. Uno sviluppo reso necessario, come ha sottolineato la Corte costituzionale³², a causa degli avanzamenti della scienza medica e della tecnologia nel mantenere in vita la persona, nonostante la compromissione di alcune delle sue funzioni vitali. Da qui il problema della giuridificazione del corpo e dei limiti entro cui possa intervenire la politica, la quale, in linea generale, deve non già privare la persona del controllo di Sé, ma favorirne decisioni mature e consapevoli.

Fatti nuovi determinano questioni inedite e impongono all'interprete di rileggere valori come, ad esempio, la libertà personale riconosciuta dall'art. 13, comma 1, Cost., la cui inviolabilità rischia di essere elusa da un sistema che privi gli individui della signoria sul proprio corpo per attribuirlo a un terzo. Prova troppo obiettare che la vulnerabilità propria

³⁰ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, p. 36, afferma che «la dignità, nei suoi contenuti e nelle esigenze che esprime, è il risultato della comprensione di ciò che significa essere umano [...]. Pertiene, così, alla persona concreta, calata nella contingenza delle proprie situazioni di vita e nel tessuto delle relazioni sociali [...]. La dignità [...] è termine riassuntivo del mondo dei diritti. Essa ha sempre una eccedenza rispetto ai diritti riconosciuti. Si mantiene al di là della loro positivizzazione. Opera come concetto critico atto a valutare (e contestare) le scelte giuridiche e politiche in nome del valore della persona». Secondo F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, 5, pp. 1083-1085, critico nei confronti di una concezione soggettiva e individualista della dignità legata ai concetti di autonomia e libertà, va valorizzata la componente “socialmente relazionale” delle dignità e l'idea di Vincenzo Scalisi di un'«ermeneutica della dignità».

³¹ Spunti in questo senso si possono trarre dalle parole del filosofo di Walter Benjamin riprese da RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 253: «Falsa e miserabile è la tesi che l'esistenza sarebbe superiore all'esistenza giusta, se esistenza non vuol dire altro che nuda vita. L'uomo non coincide infatti in nessun modo con la nuda vita dell'uomo; né con la nuda vita in lui né con alcun altro dei suoi stati o proprietà, anzi nemmeno con l'unicità della sua persona fisica». C'è insomma una parte invisibile della persona, quella più importante – l'anima, l'Io – da cui dipende la vita nel suo svolgersi e nella sua fine; il diritto non può entrare in essa privando l'individuo del governo di Sé.

³² Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *Famiglia e diritto*, 2019, 3, p. 229 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul “caso Cappato”*; in *Corriere giuridico*, 2019, 4, p. 457 ss., con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 3, p. 540 ss., con nota di M. AZZALINI, *Il “caso Cappato” tra moniti al legislatore, incostituzionalità ed esigenze di tutela della dignità della persona*.

dei malati gravissimi impedirebbe allo Stato di creare un sistema che ne agevoli la morte³³. Non si può certo considerare il malato ontologicamente incapace di assumere decisioni consapevoli sulla fine della propria vita, altrimenti si avrebbe un esproprio surrettizio della signoria sul proprio corpo, oggetto delle decisioni altrui.

Piuttosto il punto rilevante è un altro: ogni malato in condizioni disperate e desideroso di morire deve essere supportato dal medico e da tutto il sistema sanitario; l'“alleanza terapeutica” tra medico e paziente è un indispensabile strumento di tutela della vita e di maturazione delle determinazioni del paziente. Fermo restando che, oltre quest'alleanza, l'ultima parola spetta al paziente come emerge dall'evoluzione culturale e giuridica intercorsa almeno dal 2007. La ripercorreremo rispetto a tre fattispecie: 1) persona in stato vegetativo permanente che non abbia redatto disposizioni anticipate di trattamento; 2) paziente tenuto in vita da un sostegno vitale e desideroso di essere aiutato a morire (suicidio assistito)³⁴; 3) paziente impossibilitato a collaborare per porre fine alla propria vita (eutanasia).

4. *Il “caso Englaro” e le basi degli sviluppi successivi.* – Nel 2007 quando è stata pronunciata la sentenza della Cassazione sul “caso Englaro” non esisteva un riferimento normativo specifico sulla liceità dell'interruzione di un trattamento salva-vita. La legge su questo delicato aspetto è intervenuta nel 2017 (n. 219), dettando “*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*”. Nel frattempo i sanitari non erano affatto persuasi né della legittimità della condotta interruttiva del sostentamento vitale, né della rilevanza del cosiddetto testamento biologico mancando l'attualità del consenso. Come vedremo la predetta legge ha fatto chiarezza su entrambi questi aspetti.

Va ricordato che “il caso Englaro” presentava una caratteristica peculiare: Eluana Englaro, una giovane donna in coma vegetativo

³³ PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, cit., p. 13, sottolinea come la vulnerabilità «[sia] di importanza vitale per la comprensione delle istituzioni giuridiche. Essa si pone come di praticabilità, e della stessa pensabilità, del diritto». Da qui l'esigenza di protezione da parte dello Stato, ma anche reciproca tra gli individui, essendo la vulnerabilità una condizione universale che accomuna gli uomini oltre che legata a concreti contesti esistenziali. L'Autore si sofferma a lungo sulla necessità istituzionale di sostenere l'autonomia delle persone vulnerabili (p. 45 ss.) al fine di ridurre proprio l'esposizione alla vulnerabilità evitando che questa si trasformi in «vulnerabilità democratica» (p. 51). Interessante è anche il discorso sulla solidarietà quale valore che esige attenzione alla vulnerabilità secondo una linea di interventi verticale ma anche orizzontale (p. 54 ss.). Insomma la persona vulnerabile va aiutata a esercitare la propria autonomia decisionale.

³⁴ È preferibile che il legislatore, quando interverrà, non utilizzi il sintagma stigmatizzante “suicidio assistito”, ma un'altra espressione quale, ad esempio, “assistenza medica per porre fine alla vita”. Il punto da prendere in considerazione rispetto a un malato che avverta l'insostenibilità della propria condizione non è tanto quello di consentire il suicidio, ma di aiutarlo a liberarsi dalle proprie sofferenze e da uno stato fisico e psichico incompatibile con il proprio senso di dignità della vita.

irreversibile dal 1992 per un incidente stradale³⁵, non poteva esprimere la propria volontà sulla continuazione o meno del trattamento salvavita di alimentazione e idratazione artificiale cui era sottoposta. Inoltre, prima del fatto lesivo, ella non aveva lasciato alcuno iscritto sui trattamenti di fine vita. Dunque la strada sembrava obbligata: Eluana doveva essere tenuta in vita anche se in stato vegetativo permanente (“SVP”).

I giudici ai quali era stato richiesto dal tutore di Eluana – al tempo interdetta affinché avesse un rappresentante legale – di ordinare al medico l’interruzione del presidio salva-vita avevano davanti a sé due ostacoli: 1) l’idea piuttosto radicata che l’interruzione del sostentamento vitale da parte del medico si sostanziasse in una condotta penalmente rilevante; 2) la convinzione che l’impossibilità di esprimere una volontà interruttiva attuale del trattamento vitale imponesse di continuarlo in ossequio al principio di solidarietà sociale e di tutela della vita.

La Cassazione, tuttavia, non si è lasciata irretire e, da un lato, ha chiarito la cornice giuridica di riferimento del rapporto tra doveri del medico e autogoverno del Sé, dall’altro, in mancanza di una specifica disposizione di legge, ha ricostruito, nel quadro dei principi costituzionali e sovranazionali pertinenti, la regola da applicare al caso concreto.

È utile riprendere alcuni punti della motivazione della Cassazione, i quali hanno costituito la base giuridica della legge n. 219/2017 e della pronuncia della Corte costituzionale che ha delineato, come vedremo meglio più avanti, una fattispecie di non punibilità dell’aiuto al suicidio³⁶.

La Suprema Corte, dopo aver richiamato le disposizioni dalle quali si desume il consenso informato quale presupposto di liceità di ogni trattamento medico³⁷, il principio personalistico preclusivo di ogni strumentalizzazione della persona e la nozione di salute come completo benessere fisico e psichico, ha affermato con nettezza che «la salute dell’individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva»³⁸ da parte di soggetti terzi. Solo la legge può imporre un trattamento sanitario obbligatorio (art. 32, comma 2, Cost.), sempreché il provvedimento impositivo sia volto a impedire che l’individuo interessato sia artefice di un danno alla salute degli altri, che vi sia una

³⁵ Nella sentenza “Englaro” si dà atto che la paziente «è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l’ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all’ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare».

³⁶ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

³⁷ Vengono richiamati gli artt. 2, 13 e 32 Cost., l’art. 5 della Convenzione del 4 aprile 1997 proprio sul consenso quale condizione indispensabile di ogni trattamento medico, l’art. 3 della Carta di Nizza sul diritto all’integrità della persona la cui esistenza postula necessariamente il consenso del paziente, l’art. 33 l. n. 833/1978 (“Istituzione del Servizio sanitario nazionale”) e l’art. 35 dell’allora vigente Codice di deontologia medica secondo cui «in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve in ogni caso desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

³⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6.1.

utilità per il soggetto medesimo³⁹, oltre a dover essere previsto uno strumento di tutela in caso di danno all'interessato in applicazione del principio di solidarietà sociale⁴⁰.

C'è un nesso strettissimo tra la libertà personale, il governo del proprio corpo senza il quale ne risentirebbe proprio la libertà personale e il consenso informato quale atto di autonomia implicato da tale nesso. È legittimo anche il rifiuto del trattamento sebbene esso determini la morte del paziente. È evidente, infatti, l'impossibilità giuridica di imporre la vita senza al contempo violare la libertà personale e la signoria sul proprio corpo spettante a ciascun individuo ed espressa dal *diritto all'integrità della persona*. L'integrità è intesa dall'art. 3 CDFUE come unità tra soma e psiche, pertanto ogni costrizione a vivere si porrebbe in contrasto con il versante psichico di tale diritto, creando una contrapposizione con il soma.

Va ricordato un ulteriore passaggio della motivazione della sentenza "Englaro", significativo della vocazione ontologica del diritto di porsi accanto alla persona su un piano non già verticale-impositivo ma orizzontale-comprensivo di chi soffre: secondo la Cassazione la dignità umana, quale valore cardine del sistema ordinamentale, esige di attribuire rilevanza al modo in cui il paziente intenda vivere le fasi finali della sua esistenza, finanche lasciandosi morire⁴¹. In altri termini, i canoni della dignità umana in base ai quali affrontare la malattia devono essere quelli soggettivi propri dell'interessato e non quelli oggettivati dallo Stato valevoli per tutti i consociati. Perciò l'accezione di dignità applicabile al fine vita è soggettiva, altrimenti si afferma una morale unica, la quale è stata respinta dall'ordinamento costituzionale e da un grande filosofo, Friedrich Nietzsche, perché essa «nega la vita»⁴², avversativa com'è della libertà personale e del diritto all'integrità della persona.

Comprendere umanamente l'intendimento di non volere più vivere non implica affatto un atteggiamento passivo delle istituzioni di abbandono della persona debole e sofferente; tutt'altro. Secondo la Cassazione, «di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro "dell'alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca

³⁹ Cass., 11 gennaio 2021, n. 509, cit., afferma, nel caso di malattia mentale del paziente, che il TSO «può essere legittimamente disposto solo dopo aver esperito ogni iniziativa concretamente possibile, sia pur compatibilmente con le condizioni cliniche, di volta in volta accertate e certificate, in cui versa il paziente – ed ove queste lo consentano – per ottenere il consenso del paziente ad un trattamento volontario». La Suprema Corte indica altresì tre condizioni giustificatrici del TSO.

⁴⁰ Corte cost., n. 23 giugno, 1994, n. 258, in *Banca dati-Leggi d'Italia*; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Danno e responsabilità*, 1996, 5, 573, con nota di G. COMANDÉ, *Diritto alla salute tra sicurezza sociale e responsabilità civile*; Corte cost., 6 marzo 2023, n. 35, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁴¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6.1.

⁴² F. NIETZSCHE, *Ecce Homo. Come si diventa ciò che si è*, Milano, 1991, p. 144, in quest'opera scritta nel 1888, nel rivolgere una forte critica alla morale cristiana della rinuncia a sé, il grande filosofo sostiene la posizione dell'"immoralista", a voler sottolineare proprio l'unicità della persona. È evidente che un'unica impostazione teorica su profili esistenziali collide con l'unicità della persona, impedendole di esprimersi.

insieme di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima *solidarietà concreta* nelle situazioni di debolezza e di sofferenza». Questo dovere di attivarsi, scaturente dal dovere di solidarietà e dal valore della vita da preservare con ogni sforzo, è stato declinato dalla legge n. 219/2017 in diverse prescrizioni. Va riconosciuto però che l'ultima parola spetti al paziente, il quale, se ribadisce la volontà di morire nonostante il sostegno e le cure ricevute, ha diritto all'attuazione del suo volere.

Tale complesso scenario caratterizzato dalla decisione vincolante di interrompere i trattamenti e dall'attività di sostegno materiale e psicologico è ben rappresentato dall'art. 1, commi 5 e 6, l. 219/2017.

Il “caso Englaro”, tuttavia, recava una specificità ancora oggi non oggetto di una specifica disposizione di legge: la paziente non poteva esprimere la propria volontà sulla prosecuzione o meno del sostegno vitale. È noto che la Cassazione ha ricostruito con acume ermeneutico la regola del caso concreto, superando l'assunto, solido solo in apparenza, secondo cui la persona incapace di esternare la propria volontà sulla propria condizione patologica deve essere sempre mantenuta in vita a tutela della dignità in sé dell'esistenza umana.

In verità neppure l'incapace di intendere e di volere può essere costretto a restare “prigioniero” nel proprio corpo; egli ha diritto di autodeterminarsi e di affermare la *propria* concezione di vita dignitosa.

È evidente che la Suprema Corte è entrata in un terreno delicatissimo: quello della ricerca, ritenuta legittima, della “*volontà presunta*” del paziente, ossia di quella decisione che egli avrebbe assunto se avesse avuto la capacità di comunicare con i sanitari. Ma qual è il fondamento giuridico della volontà presunta? Lo si riscontra, a parte alcune significative disposizioni citate nella sentenza in esame⁴³, nel principio di non discriminazione nell'esercizio dei diritti fondamentali in base a una “condizione personale” (art. 3, comma 1, Cost.) qual è, appunto, l'incapacità originata dalla disabilità⁴⁴.

⁴³ Esse sono: l'art. 5 d. lgs. n. 211/2003 (“Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico”), con riguardo agli adulti incapaci di dare validamente il proprio consenso informato, che stabilisce che il consenso espresso dal rappresentante legale «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto» (cfr. anche, della stessa legge, l'art. 4 in cui si afferma che il consenso espresso dal rappresentante legale del minore «deve comunque rispecchiare la volontà» di quest'ultimo); l'art. 13 l. n. 194/1978, che prevede che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza possa essere presentata dal tutore o dal marito non tutore dell'interdetta, sebbene, in tali casi, la richiesta debba essere confermata dalla donna, a dimostrazione che la rappresentanza su profili personalissimi è ammissibile purché il rappresentante veicoli non già i propri *desiderata*, ma quelli del rappresentato; l'art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, che, analogamente alle precedenti disposizioni, stabilisce che il rappresentante legale della persona incapace (minore di età o disabile) presta il consenso al trattamento medico, consenso la cui validità è subordinata al coinvolgimento del rappresentato nella procedura di autorizzazione, affinché emergano, per quanto possibile, gli intendimenti di quest'ultimo.

⁴⁴ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 7.1. afferma che «superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono

A questo riferimento normativo si aggiunge, più specificamente, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali) del 2006, ratificata con legge n. 18/2009, la quale garantisce al disabile il godimento di tutti i diritti e le libertà fondamentali, attraverso un rappresentante legale che esprima non già il proprio punto di vista, bensì «la volontà e le preferenze della persona» secondo il principio di proporzionalità e di corrispondenza alle condizioni della persona (artt. 1, 5 e 12 della Convenzione).

La Cassazione, pertanto, nel 2007, coglieva un punto fondamentale: il rappresentante legale «deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace, ricostruendo la sua presunta volontà [sulla base dei] desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalla sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalla sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»⁴⁵. Occorre, continua la Suprema Corte, «dare sostanza e coerenza all’*identità complessiva del paziente* e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona»⁴⁶.

È ciò che è avvenuto nel “caso Englaro” nel procedimento in Corte d’Appello⁴⁷, svoltosi dopo la storica sentenza della Cassazione; i giudici hanno ritenuto che da un insieme di elementi di prova «chiari, precisi e concordanti» fosse stata ricostruita la volontà presunta della paziente, la quale, se avesse potuto parlare, sarebbe stata assolutamente contraria al proprio mantenimento in vita in condizione di definitiva incoscienza. La Corte d’Appello, di conseguenza, ha autorizzato i medici a interrompere il presidio di sostentamento vitale; cosa che, com’è noto, è avvenuta.

5. *La legge n. 219/2017 e il pluralismo dei valori ancora incompiuto.* – La sentenza Englaro ha posto in rilievo lucidamente la relatività del bene vita e il rapporto tra autodeterminazione del paziente e tutela solidaristica dell’esistenza. Tuttavia la mancanza di una legge organica sulla rilevanza e sull’efficacia delle dichiarazioni di fine vita ha comunque esposto il paziente, negli anni successivi al 2007, al volere di soggetti terzi: dello Stato, il quale con il suo silenzio legislativo ha finito con l’imporre fortemente la propria ideologia *pro vita*; del personale sanitario, spaventato dal confine sottile tra rifiuto delle cure e eutanasia (attiva e

di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati» [corsivo mio]. La persona, quindi, non è annullata dall’incapacità, sebbene occorra cautela e rigore nel farsi strumento della volontà altrui.

⁴⁵ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 7.3.

⁴⁶ Ivi, § 7.5.

⁴⁷ Corte App. Milano, 25 giugno 2008, n. 88, in *Corriere del merito*, 2008, 10, p. 1031 ss., con nota di G. MARRA, *Il rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale può essere espresso dal tutore e fondarsi su prove presuntive*.

passiva) e dalle sanzioni penali poste a loro carico (artt. 579-580 c.p.); dai familiari, comprensibilmente restii a favorire la morte del loro caro.

La legge, nonostante i passi avanti effettuati, è entrata in vigore solo 10 anni dopo il “caso Englaro”. Di certo essa ha chiarito diversi aspetti⁴⁸, rassicurando il medico sull'assenza di una sua responsabilità in caso di interruzione di un sostegno vitale (art. 1, comma 6, l. n. 219/2017), ma resta incompleta perché non tratta dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia. Su queste due pratiche si tornerà più avanti, non prima di avere ripreso alcuni aspetti cardine di questa legge da cui si desume un profilo essenziale: la persona non può essere privata del suo Sé, del proprio intimo sentire la vita, al quale soltanto è assoggettato il corpo⁴⁹.

La legge 219/2017 conferma quel pluralismo dei valori, sottolineato nel “caso Englaro”, i quali si integrano reciprocamente senza che vi sia un'assoluta supremazia assiologica di uno di essi. Stabilisce l'art. 1 che la legge, «nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla *vita*, alla *salute*, alla *dignità* e all'*autodeterminazione* della persona». Quattro beni rilevano la cui sintesi è l'esito di un bilanciamento anzitutto effettuato dal legislatore. La vita può entrare in conflitto con la dignità soggettiva del paziente, il quale ha diritto di rifiutare ogni trattamento medico. Consentire al paziente di morire non significa introdurre una contraddizione nell'ordinamento, perché vita e dignità sono valori inseparabili che devono rimanere in armonia. Se, invece, secondo il malato, non c'è più dignità nel vivere, non c'è vita.

È evidente, però, che l'ordinamento ponga sull'esistenza un forte accento protezionistico, il quale è insito nella «relazione di *cura* e di *fiducia* tra paziente e medico» incentrata sul consenso informato; consenso che è significativo solo se le informazioni veicolate dal medico sono complete,

⁴⁸ P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, 1, p. 3 ss.; G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, ivi, 2019, 1, p. 26 ss.; I. PIZZIMENTI, *Il diritto di conoscere o di non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell'informazione*, ivi, 2019, 1, p. 67 ss.; U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prima della responsabilità medica*, ivi, 2019, 1, p. 125 ss.; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, ivi, 2019, 1, p. 188 ss.

⁴⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6, è consapevole che il corpo non possa essere disgiunto dalla percezione che se ne abbia dello stesso, altrimenti la persona viene asservita a un'ideologia altrui. Essa afferma, infatti, che «il consenso [ai trattamenti sanitari] *afferisce alla libertà morale* del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali [libertà] sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.». Il consenso, quindi, da un lato, consegue alla capacità di scegliere secondo la propria coscienza in accordo con i valori e concezioni di riferimento (libertà morale), dall'altro, è indispensabile per sottrarre il proprio corpo alla strumentalizzazione altrui (libertà fisica). Sul consenso informato in «funzione di sintesi tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute» cfr.: Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, in cui si afferma che il consenso informato, il cui fondamento sta negli artt. 2, 13 e 32 Cost., svolge «la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Banca dati-Leggi d'Italia*; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, la quale afferma come il precetto di cui all'art. 13 comma 1 Cost. postuli il potere della persona di disporre del proprio corpo.

aggiornate e comprensibili, comprensive dell'esplicazione delle alternative e delle conseguenze del rifiuto del trattamento sanitario (art. 1, comma 3). Non basta: il consenso postula che il dialogo medico paziente si svolga «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» (art. 1, comma 4).

Diversificare la comunicazione è essenziale affinché si realizzi la cura del paziente richiesta dalla legge; ciò richiede tempo, così l'art. 1 comma 8 stabilisce che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Comunicare è non soltanto trasmissione di dati medici, ma soprattutto capacità di occuparsi con solerzia e premura del paziente, facendolo sentire protetto e compreso⁵⁰. Questo evoca il sostantivo “cura”: solo chi avverte l'altrui attenzione empatica conserverà un maggiore attaccamento alla vita. Occorre una “comunicazione circolare” in cui il medico si comporti non già come il depositario del bene da indicare al malato, ma come chi sappia ascoltare il paziente «per tradurne i propositi nella lingua della scienza e riproporli [al medesimo]»⁵¹.

Questo tipo di rapporto, attuativo di una mediazione tra scienza ed esperienza, non va ascritto all'utopia, ma a un obiettivo saliente da perseguire quale segno di una civiltà attenta alle profondità umane; opportunamente l'art. 1, comma 10, l. n. 219/2017 stabilisce che la professionalità di tutti i sanitari «comprende la formazione in *materia di relazione e di comunicazione con il paziente* [...]».

Non è affatto singolare che il legislatore evochi i rapporti umani significativi tra medico e paziente, perché è una prerogativa del diritto svolgere una funzione promozionale dei valori fondamentali della Repubblica, cosicché ciascuno possa concorrere al progresso anche “spirituale” della società (art. 4, comma 2, Cost.). In questa direzione di

⁵⁰ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 277, sottolinea come la relazione medico paziente sia «relazione comunicativa, irriducibile alla banalizzazione del consenso attraverso la firma di un modulo che evoca piuttosto la sottoscrizione di un contratto di assicurazione o di fornitura di servizi, o nel quale si manifesta l'attitudine “difensiva” del medico, soprattutto preoccupato di mettere il suo agire al riparo da eventuali responsabilità civili o penali». L'Autore sottolinea come continuo le parole adoperate rispetto all'unicità del malato e il tempo, inevitabilmente diverso da caso a caso, da dedicare alla comunicazione. Egli aggiunge che al di fuori della relazione terapeutica, entrando più propriamente nel fine vita, non è certo sufficiente un colloquio con il medico per garantire l'autodeterminazione del paziente; occorre una risposta istituzionale volta a sostenere la vita (cfr. art. 1, comma 5, l. n. 219/2017), come quella fornita dalla previsione normativa, presente in alcuni ordinamenti, di un indennizzo per il familiare che si prende cura di un malato terminale.

⁵¹ P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 3, p. 143 ss., affronta con rara profondità il tema della comunicazione tra medico e paziente, ponendo l'accento sulla necessità di includere in essa i significati non solo della medicina ma del malato. Così che quest'ultimo possa veicolare la «sua possibile salute, [il] suo stare bene o stare meglio, [la] sua necessità o scelta». Se la comunicazione è unidirezionale, diseguale in quanto espressiva di una relazione gerarchica, l'ammalato resta ammutolito. Secondo l'Autore, «i medici dovrebbero ritrovare, in termini nuovi, il loro ruolo antico di mediatori tra scienza ed esperienza: conoscere le parole della scienza e capire le parole dell'esperienza dette dall'altro parlante, la persona malata» (p. 148). Occorrerebbe – lo si sottolinea nello scritto – preparare i futuri medici anche alle tecniche per avvicinare un malato in grave difficoltà. Va riconosciuto che alcune indicazioni fornite dall'Autore per instaurare un rapporto empatico tra medico e paziente sono state accolte dalla legge n. 219/2017.

rinnovamento virtuoso delle relazioni intersoggettive si situa il disposto di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 219/2017 secondo cui «qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi vi consente, ai propri familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e *promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo*, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Ecco che il diritto alla vita, immanente alla Costituzione e previsto espressamente dall'art. 2 CDFUE, responsabilizza il medico il quale si adopera affinché la decisione del paziente sia ripensata e sia comunque autentica poiché assunta in un contesto di sostegno e non di gelido vuoto istituzionale.

Il connotato solidaristico e sociale emerge da altre due disposizioni a tutela del diritto alla vita.

La prima è quella contenuta nell'art. 3, comma 5, l. 219/2017, ai sensi del quale qualora il rappresentante dell'incapace legale *rifiuti le cure proposte*, laddove il medico le ritenga invece necessarie, la decisione finale, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, è rimessa al giudice tutelare su ricorso dello stesso rappresentante della persona interessata, dei soggetti di cui all'art. 406 c.c. ss. (*id est*: dal coniuge, convivente di fatto, parenti entro il quarto grado e affini entro il secondo), del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria. Si conferma quindi, come rilevato nel “caso Englaro”, che il rappresentante legale non possa sostituirsi al rappresentato nella scelta di rifiutare le cure, salvo che il giudice tutelare gli abbia attribuito espressamente tale potere.

Quid juris se, invece, medico e rappresentante legale concordino nell'interruzione delle cure? L'art. 3, comma 5, l. 219/2017 è muto al riguardo. La Corte costituzionale ha effettuato un'interpretazione costituzionalmente orientata che garantisce il diritto alla vita, secondo la quale i commi 4 e 5 dell'art. 3 l. 219/2017 non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno, pur investito dal giudice della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, anche il potere di accordare o di negare il consenso informato ai trattamenti di sostegno vitale⁵². Il rifiuto delle cure, incidendo su diritti personalissimi, esige la conoscenza della volontà del beneficiario, attuale o presunta che sia; spetta al giudice tutelare, proprio sulla base della conoscenza di tale volontà, valorizzata dall'art. 3, comma 4, attribuire all'amministratore di sostegno il potere rappresentativo *specifico* di negare il consenso a un trattamento di sostegno vitale.

La seconda disposizione attiene all'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento nella loro fase attuativa. Ai sensi dell'art. 4, comma 5, l. 219/2017 il medico deve disattendere le DAT – sebbene nel testo si affermi che esse «*possono essere disattese*» – «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano

⁵² Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corriere giuridico*, 2020, 1, p. 17 ss., con nota di D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto delle cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*.

terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». In queste situazioni, poiché le disposizioni del paziente appaiono oscure, non calzanti o superate dagli sviluppi della medicina, prevale un principio di precauzione a tutela della vita.

Non vi è insomma un rilievo assoluto dell'autodeterminazione, né un'accentuazione soggettivistica nella dinamica giuridica del fine vita; spicca piuttosto una tutela coerente della vita in attuazione della solidarietà nei riguardi del paziente, al quale è garantita la libertà di rifiutare le cure. L'art. 1, comma 6, l. 219/2017 è netto nell'affermare che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile e penale». Ancora: «il medico è tenuto al rispetto delle DAT» (art. 4, comma 5) e, con riguardo alle indicazioni fornite dal paziente nella pianificazione condivisa della cure (art. 5, comma 1), «il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi [ad esse] qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità».

Si può affermare che la legge 219/2017 abbia recepito e declinato correttamente i principi espressi dalla sentenza sul “caso Englaro”, oltre a essersi adeguata all'evoluzione normativa⁵³ e giurisprudenziale intercorsa dal 2007 ad oggi. Il diritto quale evoluzione storica ragionata ci incammina sul sentiero della verità.

La legge si arresta, tuttavia, al rifiuto dei trattamenti; non è stato affrontato il tema della morte anticipata desiderata fortemente dal paziente attraverso una richiesta di aiuto al suicidio o di eutanasia. Su questo si intende proseguire il discorso.

6. Suicidio assistito e procedimento di formazione della volontà quale garanzia della vita e dell'autodeterminazione. – La legge 219/2017 tutela il diritto di non restare “prigionieri” del proprio corpo; un diritto che trova conferma nell'art. 3 CDFUE, il quale, considerando la persona come unità tra soma e psiche, si contrappone a una concezione anacronistica identificante l'individuo con il suo sostrato biologico.

⁵³ La legge n. 219/2017 impone al medico di proporre al paziente le cure palliative quale strategia contro il dolore. L'art. 2 pone un dovere al medico di adoperarsi in tale senso, «anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico». Anche l'art. 5, con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure, impone al medico di informare il paziente su quanto «questi possa realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative». Vi è, quindi, un diritto di non soffrire del malato dipendente non già dall'accettazione delle terapie prospettate del medico, ma dal valore della dignità umana. Il paziente ha diritto di rifiutare/revocare ogni trattamento o supporto medico, potendo pretendere in ogni caso che se ne allevino le sofferenze conseguenti. La legge n. 38/2010 recante «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» prevede all'art. 1 proprio il diritto del cittadino di accedere a tali cure e terapie volte, per espressa disposizione di legge, a tutelare la dignità e l'autodeterminazione del malato, nonché a tutelare e a promuovere la qualità della vita fino alla sua fine (art. 1, comma 3).

Se la persona non è solo corpo è legittimo il rifiuto o l'interruzione del sostegno vitale con conseguente decesso, le cui ragioni affondano nella sfera interiore della persona tutelata dal diritto all'integrità psichica. È stata sottolineata la prevalenza normativa della biografia sulla biologia⁵⁴. Si può dunque affermare l'esistenza, quanto meno nei casi circoscritti dalla legge 219/2017, del diritto di morire invero dal diritto di rifiutare cure e trattamenti salva-vita.

Il sistema normativo, però, come si diceva, è incompleto, poiché non considera il caso in cui il paziente non desideri morire attraverso il rifiuto delle cure, preferendo la somministrazione di un farmaco letale azionata da sé medesimo con un movimento della mano o della bocca. Ci si deve domandare a questo punto se esista il diritto di scegliere come morire, anche perché alcuni cittadini italiani, gravemente malati, si recano all'estero per porre fine alla loro vita. Il tema è quello dell'aiuto al suicidio, pratica, questa, ammessa in un determinato caso circoscritto dalla Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento⁵⁵.

Il caso è notissimo. Deve trattarsi di una persona che: a) è affetta da una patologia irreversibile; b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente stesso reputa intollerabili; c) è tenuta in vita mediante un trattamento di sostegno vitale (ad es.: respiratore, alimentazione intra-parietale); d) è capace di assumere decisioni libere e consapevoli.

In presenza di questi tratti del fatto, non è applicabile secondo la Corte costituzionale la fattispecie criminosa del concorso materiale del medico nell'attuazione del proposito suicidario del paziente (art. 580 c.p.). Altrimenti la disposizione incriminatrice, applicandosi al predetto fatto in base alla sua lettera, violerebbe il principio di uguaglianza, unitamente alla lesione della dignità umana e del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

⁵⁴ Così RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 271, il quale svolge riflessioni puntuali sull'inadeguatezza della categoria codicistica dell'autonomia privata, indifferente alla «materialità delle situazioni» e dunque alla vita in concreto, con conseguente perdita del tratto dell'unicità della persona che, invece, è centrale nella dimensione costituzionale. Se è fondamentale conoscere la volontà della persona – sana, disabile, minore di età – nelle scelte esistenziali, si giustifica la previsione di modalità particolari volte a conoscerla come la “volontà presunta” di cui ha parlato la Cassazione nel “caso Englaro” o come la videoregistrazione per la persona con disabilità o l'utilizzo di altri dispositivi volti a favorire la comunicazione (artt. 1, commi 4 e 5, l. n. 219/2017).

⁵⁵ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., ha ravvisato l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. (già preannunciata dalla Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, cit.), chiarendo che tale articolo conserva la sua funzione essenziale di tutela della vita della persona soprattutto malata, depressa, psicologicamente fragile, anziana o in solitudine; la quale persona potrebbe essere indotta, per ragioni economiche altrui, a congedarsi anzi tempo dalla vita. L'art. 580 c.p., tuttavia, se da un lato conserva la sua finalità protettiva, dall'altro, necessita, secondo la Corte costituzionale, di un ridimensionamento del suo ambito applicativo. Com'è noto l'ordinanza del 2018 della Corte costituzionale, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», ha concesso al legislatore il termine del 24 settembre 2019 entro cui intervenire con una legge. Non vi è stato, tuttavia, alcun intervento da parte del Parlamento, così nel 2019 la Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi abbia agevolato l'esecuzione – concorso materiale – del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un malato che si sia trovato nelle condizioni descritte sopra nel testo.

L'argomentazione è pienamente condivisibile e merita di essere ripresa a dimostrazione della centralità e potenzialità dei pilastri della nostra Repubblica democratica.

Se il valore della vita è subordinato alla decisione del paziente di interrompere il sostegno vitale, parimenti deve valere rispetto alla volontà di ricevere un aiuto al suicidio. I beni coinvolti sono gli stessi in ambedue le fattispecie e il bene vita non può essere imposto a chi non ritenga di avere un'esistenza dignitosa, mancando la sufficienza delle funzioni vitali⁵⁶. È proprio l'uguaglianza a venire in rilievo, poiché la diversità del procedimento che conduce al decesso – interruzione del sostegno vitale o suicidio assistito – non differenzia i due casi di malati in condizioni critiche simili. Non si giustifica allora che l'ordinamento consenta il decesso solo a chi voglia rifiutare i trattamenti vitali e non anche a chi intenda morire in altro modo attraverso il suicidio assistito senza perciò innescare un periodo più o meno lungo di agonia che consegue, invece, al rifiuto del trattamento⁵⁷.

Non solo: applicare la fattispecie del concorso materiale nel caso delineato dalla Consulta violerebbe sia l'art 32 Cost. (diritto di autodeterminarsi del paziente salvo il TSO), perché si imporrebbe indirettamente un sostegno vitale, sia il valore della dignità umana come percepita dal malato, oltre a esservi un'irragionevolezza⁵⁸ del divieto assoluto di aiuto al suicidio rispetto all'ammissibilità del rifiuto delle cure.

Per avversare quest'impostazione argomentativa non è sufficiente addurre che vi sarebbe un inaccettabile abbassamento del livello di tutela

⁵⁶ Afferma Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 9, cit., «se, infatti, il valore cardinale della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento del macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». Ecco il punto forte: in ragione dell'evoluzione ordinamentale intercorsa, non vi è alcuna ragione giuridica che possa giustificare un «ostacolo assoluto» al suicidio assistito.

⁵⁷ Questa argomentazione è decisiva. Se si può morire rifiutando il sostentamento vitale, parimenti si deve poter morire attraverso il suicidio assistito. Opinando diversamente, si discriminerebbe il malato che non vuole abbandonare la vita attraverso il rifiuto dei trattamenti, bensì in altro modo. Di questo la Corte costituzionale è, a ragione, convinta. Secondo la Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., non si può imporre al malato che intenda morire di ricorrere all'interruzione del sostentamento vitale; interruzione che impone la sedazione profonda continua con conseguente annullamento della coscienza e volontà del malato. Questa condizione potrebbe essere avvertita come contraria alla propria dignità. Il paziente non deve essere costretto da due soluzioni entrambe sconosciute: continuare a vivere con il sostentamento vitale o morire rifiutandolo.

⁵⁸ Non è ragionevole limitare la libertà di decidere sul proprio corpo senza al contempo tutelare un altro valore costituzionalmente rilevante. Quest'altro valore non può essere la vita, perché in tal modo il valore vita diverrebbe oggettivo, quando invece l'oggettività della rilevanza della vita, che pure è connaturata all'ordinamento, è recessiva rispetto alla volontà del malato di porvi fine in presenza di certe condizioni.

delle persone più vulnerabili. Non lo è perché, per un verso, il problema della vulnerabilità si è posto anche rispetto al rifiuto del sostegno vitale, pienamente ammissibile in forza della legge 219/2017⁵⁹; per altro verso, è sbagliato presumere una condizione di debolezza e di volontà inautentica in tutti coloro che, dopo un percorso caratterizzato solitamente da più tentativi di ritrovare un nuovo equilibrio, pervengano alla decisione di morire. Il problema della vulnerabilità, certamente degno della massima attenzione, è stato affrontato (ma non esaurito) dal legislatore attraverso la previsione dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente su cui ci siamo già soffermati.

È utile allora rimarcare quell'equilibrio tra valori diversi, connotante il sistema ordinamentale e concretizzato da quelle "specifiche cautele" indicate dalla Consulta, necessarie a seguito della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p.⁶⁰ perché funzionali a proteggere la vita del malato e a garantirgli l'effettività delle sue decisioni. Vita e autodeterminazione sono due beni entrambi sotto la lente del diritto, in modo che il secondo possa prevalere sul primo solo in un contesto di sostegno del malato e dei suoi familiari. È bene allora soffermarsi su questo contesto ben delineato dalla Corte costituzionale.

Anzitutto la Consulta ha ritenuto necessario che la volontà di ricorrere al suicidio assistito sia inserita in una "procedura medicalizzata" già descritta dall'art. 1, comma 5, l. 219/2017 ed estensibile proprio alla richiesta dell'aiuto al suicidio. Occorrerà, quindi, che: detta richiesta sia espressa nelle forme di cui all'art. 1 comma 4; sia accertata la capacità di autodeterminarsi e di esprimere un consenso libero e informato ("*persona capace di agire*" secondo il comma 5), sempre modificabile, da inserire nella cartella clinica; il medico promuova quelle attività richieste dalla legge di sostegno anche psicologico del paziente; si dia conto del carattere irreversibile della patologia e delle

⁵⁹ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 9, cit., sottolinea che «quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione». Insomma la protezione che tiene in equilibrio vita, identità personale e autodeterminazione è quella in grado di assicurare una volontà autentica della persona. È viceversa da respingere una (finta) protezione che spoglia la persona della capacità di agire, in ossequio a un'inaccettabile equazione tra malattia e debolezza psichica.

⁶⁰ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., chiarisce che, sebbene la materia in cui vi sia una disposizione interessata dall'incostituzionalità necessari, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, di un'attività discrezionale del legislatore, non per questo vi può essere una "zona franca" immune dal sindacato di legittimità costituzionale, altrimenti si pregiudicherebbero diritti fondamentali. Se l'incostituzionalità determina un vuoto di disciplina e il legislatore non è ancora intervenuto, questo vuoto deve essere colmato dalla stessa Consulta «ricavando dalle *coordinate del sistema vigente* i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento». Tali coordinate la Consulta le ha desunte soprattutto dalla legge n. 219/2019.

sofferenze fisiche o psicopatologiche quali elementi da inserire nella cartella clinica.

Nella procedura deve sempre essere garantita al paziente «un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione di cure palliative» ai sensi della legge n. 38/2019. L'accesso a tali cure – si legge nella sentenza – «ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita»⁶¹. È necessario altresì verificare la sussistenza delle quattro condizioni che escludono la punibilità dell'aiuto al suicidio; compito, questo, affidato dalla Consulta esclusivamente a strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale. Le quali dovranno valutare le modalità di esecuzione, da organizzarsi in modo «da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»⁶².

Infine, sempre a difesa della vita e della persona vulnerabile, la Corte costituzionale ha richiesto l'intervento di un organo collegiale terzo, dotato di adeguate competenze; organo individuato nel Comitato etico territorialmente competente. Si aggiunga che, a tutela dei valori di ciascuno dei soggetti coinvolti, non vi è, per ammissione della stessa Consulta⁶³, alcun obbligo in capo al medico di praticare l'aiuto al suicidio, potendo egli far valere l'obiezione di coscienza.

Il sistema ordinamentale di riferimento del fine vita è dunque complesso. Più valori si confrontano; essi vanno bilanciati perché la tutela della vita non è assoluta, sebbene si debba garantire un'elevata protezione del malato in una duplice direzione: garantendogli quel sostegno funzionale a continuare a vivere, ma consentendogli al contempo di realizzare la sua volontà, seria e determinata, contraria alla permanenza in vita. Non c'è contraddizione in tutto ciò, né logica né giuridica. Sostenendo la vita il diritto accetta che il malato voglia e ottenga la morte.

Sul piano ricostruttivo si delinea pertanto in una certa misura, oltre al diritto di morire, anche il diritto di scegliere come morire, non potendosi imporre un'unica modalità di congedarsi dalla vita.

Oggi un malato nelle condizioni delineate dalla Corte costituzionale ha a disposizione la seguente alternativa: chiedere l'interruzione del sostegno vitale o l'aiuto al suicidio a seconda della propria insindacabile percezione di un abbandono dignitoso della propria esistenza.

7. *Ulteriori sviluppi del sistema ordinamentale.* – Il contesto normativo in cui si colloca la problematica della rilevanza del volere nel fine vita non è affatto dominato, come si è cercato di far emergere, “dall'individualismo autocentrato”. La volontà del malato si forma «in un contesto socialmente definito»⁶⁴ in cui più

⁶¹ Ivi, § 5.

⁶² *Ibidem.*

⁶³ Ivi, § 6.

⁶⁴ Le parole sono di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 254, il quale ha chiarito che porre l'accento sulla volontà dell'interessato non significa isolare la persona, cancellandone ogni legame

soggetti – pubblici e privati – assumono la responsabilità di assicurare il governo del Sé. Sono state sopra richiamate alcune disposizioni legislative, in particolare quelle contenute nella legge 219/2017, che declinano il rapporto medico paziente bilanciando vita e autodeterminazione, senza che qualcuno possa impadronirsi della sfera più intima di chi soffre.

Dovrebbe essere emerso come i tempi siano maturi per ampliare la legge 219/2017, quantomeno per disciplinare l'aiuto al suicidio. Le proposte di legge hanno accolto in buona misura i punti fermi cui è pervenuto il dibattito dottrinale più maturo⁶⁵ e la giurisprudenza delle Corti superiori.

Uno è senz'altro la difesa del valore della vita, la quale necessita di una chiara delimitazione legislativa della fattispecie giustificativa della richiesta di porre termine all'esistenza; altrimenti si cade nell'errore in cui sono incorsi i promotori del referendum abrogativo di alcune parti dell'art. 579 c.p. (“omicidio del consenziente”) di svilire la tutela della vita, determinando un pericolosissimo *vulnus* (incostituzionale) di tutela⁶⁶. Tutti i disegni di legge hanno giustamente legato la richiesta di “morte volontaria medicalmente assistita” all'essere il paziente capace di assumere decisioni consapevoli, all'essere affetto «da una patologia irreversibile o a prognosi infausta» e da sofferenze «fisiche o psicologiche ritenute intollerabili»⁶⁷. Inoltre il malato deve essere assistito dalla rete di cure palliative di cui all'art. 5 l. n. 38/2010, ovvero vi deve aver espressamente rinunciato⁶⁸.

C'è un altro punto che merita una particolare attenzione da parte del legislatore: rispetto a quanto affermato sull'aiuto al suicidio dalla Corte

sociale. Un tale esito sarebbe contrario all'impostazione costituzionale che valorizza la persona nei suoi ramificati rapporti sociali e non già come monade. L'Autore richiama l'art. 3, comma 2, Cost. dal quale desumere la necessità di un contesto sanitario in cui più soggetti qualificati supportino il malato nell'assumere decisioni consapevoli realmente volute.

⁶⁵ Nella Introduzione al disegno di legge n. 3101-XVIII legislatura, cit., si richiama qualche passaggio del pensiero di Stefano Rodotà, interprete indubbiamente capace di sviluppare il significato delle fonti del diritto, quale sostenitore del governo del proprio corpo da parte del malato.

⁶⁶ Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, 2, p. 421 ss., con nota di M. AZZALINI, *La “scala Shepard” del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio Sé*, ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto ad abrogare alcune parti dell'art. 579 c.p., poiché la disposizione penalistica che ne sarebbe risultata avrebbe legittimato la soppressione della vita altrui a prescindere dall'esistenza di una malattia incurabile – anche quindi per mero *taedium vitae* – e attraverso l'uso delle armi, perciò da parte di un soggetto attivo che non fosse un medico. La Consulta con questa sentenza, del tutto condivisibile, pur ribadendo il cardinale rilievo del valore della vita, ha altresì affermato come tale valore «non possa tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi». Va rilevato, quindi, come con questa sentenza non sia stata espressa alcuna contrarietà a un intervento legislativo volto a disciplinare l'eutanasia. Che sia così emerge anche dalla qualificazione da parte della Consulta dell'art. 579 c.p. come norma ordinaria costituzionalmente necessaria per assicurare una tutela minima al bene vita e non già come norma a contenuto costituzionalmente vincolato. Ciò significa che il legislatore potrà non certo abrogarla, essendo appunto necessaria, ma modificarla sì, delimitando uno spazio di legittimità dell'eutanasia.

⁶⁷ Artt. 2 e 3 proposta di legge n. 3103, cit., art. 3 del Testo unificato adottato come testo base dalle Commissioni, intitolato “*Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*” e art. 3 DDL S. 912-XVIII legislatura, cit., “*Disposizioni in materia di eutanasia*”.

⁶⁸ Art. 3, lett. c) del Testo unificato [...], cit.; art. 3, lett. d), proposta di legge n. 3103, cit.

costituzionale, dovrebbe essere ampliata la condizione fattuale data dall'essere tenuto in vita da un sostegno vitale. Diversamente si discriminerebbe il malato il quale, pur integrando le altre condizioni dell'aiuto al suicidio indicate dalla Consulta e confermate nei disegni di legge, non potrebbe accedervi non essendo strettamente dipendente da un sostegno vitale. Ora è pur vero che, secondo la medicina legale, la dizione "trattamenti di sostegno vitale" comprenderebbe anche un certo tipo di trattamento farmacologico, tuttavia, *de jure condendo*, apparirebbe più chiara e ampia una formulazione legislativa che si riferisse all'essere "dipendente da trattamenti farmacologici" che integrano un sostegno vitale⁶⁹. Questo aspetto è di grande rilievo e delicatezza.

Un secondo elemento della futura legge, la cui importanza è stata sottolineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è la previsione di un procedimento di formazione e di controllo della richiesta di morte assistita. Tutti i progetti di legge, una volta formalizzata tale volontà (anche tramite un dispositivo tecnico), prevedono la redazione di un *rapporto del medico* sulle condizioni cliniche del richiedente e sulle motivazioni che lo hanno indotto alla richiesta⁷⁰; rapporto da sottoporre a un soggetto terzo – Comitato etico o altro medico – a scopo di controllo del rispetto dei requisiti previsti dalla legge.

Solo se il procedimento di formazione e conferma della richiesta di morte assistita è rispettato non saranno applicabili gli artt. 575 ("omicidio"), 579 ("omicidio del consenziente"), 580 ("istigazione o aiuto al suicidio") e 593 ("omissione di soccorso") del codice penale.

In conclusione si dovrebbe condividere l'idea che l'ordinamento tutela la persona non solo proteggendo la sua vita ma anche, in certi casi, consentendole di interromperla quando la sofferenza fisica e psichica diventa insopportabile e priva di "senso", di uno "scopo"⁷¹. Perciò il referente del diritto alla vita è non tanto un mero corpo che sopravvive, ma l'Io che, identificandosi nel corpo, attribuisce valore all'esistenza⁷². A fronte della disidentificazione tra Io e corpo determinata dalla cruda e ingiustificata sofferenza, si interviene con un sostegno qualificato (ed

⁶⁹ Così l'art., 3 lett. c), proposta di legge n. 3103, cit. Da valutare è invece la formulazione che preveda anche la dipendenza totale dall'assistenza di terzi.

⁷⁰ Il contenuto del rapporto medico, atto questo essenziale nel procedimento di fine vita, deve essere ben disciplinato. Nei diversi disegni di legge si prevede, tra l'altro, che il rapporto precisi «se il paziente è adeguatamente informato della propria condizione clinica e della prognosi, se è stato adeguatamente informato dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche. Il rapporto deve indicare inoltre se il paziente è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative, specificare se è assistito dalla rete per le cure palliative o se ha rifiutato tale assistenza» (art. 5, comma 3, proposta di legge n. 3103, cit.). Tutto ciò contribuisce a garantire la tutela della vita e la maturazione progressiva di una volontà consapevole e determinata di terminare la propria vita.

⁷¹ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, Adelphi, 1984, p. 156, in questo scritto pubblicato nel 1887, afferma realisticamente che «l'uomo, l'animale più coraggioso e più abituato al dolore, in sé non nega la sofferenza; la vuole, la ricerca persino, posto che gli si indichi un *sensu* di essa, un 'perché' del soffrire». E il desiderio di morte del paziente, forse, è anche frutto dell'avvertire nel profondo la mancanza di ragioni sufficienti per continuare a soffrire.

⁷² ZATTI, *Principi e forme di governo del corpo*, cit., p. 119-120, si sofferma con acume sul rapporto tra diritto all'identità e diritto alla vita. Non c'è un dovere di vivere se la vita si lega all'identità personale e quindi al significato che ciascuno assegna al vivere.

economico) della persona (e degli stretti familiari), alla quale spetta ogni valutazione sulla ricomposizione con il suo Sé.

Le possibilità di scelta sono, tuttavia, ancora troppo ristrette per il malato e rese incerte dall'assenza di una più esaustiva normativa. La giurisprudenza e la dottrina — rispetto alla quale va ricordato indubbiamente il nome di Paolo Zatti — hanno svolto un'opera importante; spetta adesso al legislatore intervenire, ampliando la legge 219/2017 oltre il rifiuto delle cure, bilanciando con equilibrio autodeterminazione, vita e dignità⁷³.

⁷³ Preziose sono le parole di RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, cit., p. 71, scritte rispetto al rapporto tra diritto e tecnica: il diritto non deve «perdere la sua funzione liberatoria, quella di affrancare la persona e il suo corpo dalla prigione nella quale si vorrebbe rinchiuderli». Nella prospettiva di unità e integrità del corpo, Egli aggiunge che «la giuridificazione deve, allora, organizzarsi intorno a principi e criteri che consentano di ritrovare e tutelare i nessi tra la persona e le diverse articolazioni del suo corpo» (p. 72). Torna, quindi, il legame valorizzato da Paolo Zatti tra identità e vita. Sul bilanciamento e sull'uso dei principi cfr. N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, p. 28 ss.

L'INDIVIDUO AL COSPETTO DEL POTERE DISCIPLINARE

SERENA STACCA*

Il potere disciplinare, malgrado la sua essenza punitiva, non è regolato per proteggere la posizione del singolo colpito dalla sanzione. È infatti sbilanciato a favore della comunità nella quale si esplica. Ne sono riprova l'atipicità delle infrazioni, l'applicazione di norme vaghe e indeterminate, la peculiare composizione delle autorità disciplinari, i limiti del sindacato giurisdizionale. Si pone così un problema di compatibilità del fenomeno con l'ordine costituzionale.

Disciplinary power, despite its punitive essence, is not regulated to protect the position of the individual affected by the sanction. It is in fact biased in favor of the community in which it is expressed. This is demonstrated by the atypical nature of the infringements, the application of vague and indeterminate rules, the particular composition of the disciplinary authorities and the limits of judicial review. This raises a problem in terms of compatibility of the phenomenon with the constitutional order.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura del potere disciplinare: la sostanza punitiva. – 3. I “privilegi” del gruppo e le non garanzie dell’individuo. – 3.1. La regola disciplinare: tra etica e diritto. – 3.1.1. Il rinvio a regole metagiuridiche. – 3.1.1.1. Nei rapporti pubblicistici. – 3.1.1.2. Nei rapporti privatistici. – 3.1.2. I codici di condotta: vaghezza e incompletezza. – 3.2. L’esercizio del potere disciplinare. Le (non) garanzie del giusto procedimento. – 3.2.1. Gli organi giudicanti: mancanza di terzietà e imparzialità. – 3.3. Il sindacato sul potere disciplinare. – 3.3.1. La tutela interna. – 3.3.2. La tutela giurisdizionale. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Appartenere a una comunità organizzata, diversa da quella statutale, significa acquistare lo *status* giuridico di quella comunità, aderire alle sue regole e, non da ultimo, accettarne il sistema sanzionatorio, che va sotto il nome di potere disciplinare. È così per l’avvocato, il medico, il lavoratore (pubblico o privato), il membro di un’associazione culturale, l’aderente a un partito politico, invero per qualunque soggetto che fa parte «permanentemente [di] un’organizzazione», il quale sa di poter essere assoggettato a provvedimenti che colpiscono «le infrazioni che egli commett[e] alle regole di deontologia del gruppo»¹.

¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, p. 1308. Secondo A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, p. 74, i rapporti giuridici nei quali è

* Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Il potere disciplinare serve a mantenere l'“ordine” all'interno di collettività organizzate, pubbliche o private che siano, configurandosi, da sempre, come il potere che un soggetto ha di comminare e infliggere sanzioni a uno o più soggetti con i quali si trova in rapporto, a seguito della violazione di un obbligo inerente al rapporto medesimo².

Si comprende allora come il fenomeno sanzionatorio disciplinare possa esprimere una manifestazione della più generale tensione tra la libertà individuale e l'autorità: in sé e per sé³ e tanto più se la regolamentazione del fenomeno risulti inadeguata rispetto all'ordine costituzionale, che, in principio, risolve quella tensione a favore dei diritti delle persone.

Alle criticità dei modi di esercizio del potere disciplinare sulla posizione del singolo sono dedicate le pagine che seguono. L'analisi muoverà dai profili sostanziali per poi spostarsi su quelli procedurali e processuali. Il risultato sarà un potere racchiuso in un modello di “specialità”, tutto sbilanciato a favore dell'organizzazione.

2. *La natura del potere disciplinare: la sostanza punitiva.* – Le considerazioni sull'inadeguatezza della disciplina del sistema sanzionatorio disciplinare rispetto ai valori personalisti sanciti dall'ordinamento costituzionale fanno seguito alle riflessioni intorno alla natura giuridica e alla funzione di questo potere. Al riguardo, nonostante l'avvicinarsi delle teorie più varie, un elemento della materia non è mai smentito: il potere disciplinare si concretizza sempre in una

configurabile un potere disciplinare possono considerarsi «tipici dell'appartenenza a uno status particolare (di pubblico dipendente, di iscritto a un albo professionale, ecc.), che richiede in quanto tale l'osservanza di certe regole di condotta (di deontologia in senso proprio) proprie del gruppo o dell'organizzazione cui lo status è connesso».

Richiama l'insieme di regole cui il soggetto deve sottostare, M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 288, secondo il quale per potere disciplinare si intende «la possibilità di usare strumenti correttivi direttamente incidenti nella sfera giuridica del sottoposto [...], specificandosi la *causa corrigendi* nella reazione alla violazione di regole cui lo stesso sottoposto deve uniformarsi».

² Cfr.: E. RASPONI, *Il potere disciplinare. Natura giuridica e soggetti attivi*, Padova, 1942, vol. I, *passim*; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1939, vol. I, p. 473; C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1913, p. 4. Si tratta della definizione formulata per la prima volta in Italia da SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, IV, c. 240 e ripresa dalla letteratura tedesca, su cui, per tutti: P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico (Staatsrecht des Deutschen Reiches)*, (1876), trad. it. O. Ranalletti e M. Siotto Pintor, Torino, 1925, pp. 644-645.

³ Secondo D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, p. 7, «il potere di proibire, di giudicare, di punire incide più di ogni altro sulla libertà degli individui».

‘pena’, in una sanzione afflittiva che ha lo scopo di prevenzione e di dissuasione⁴, al pari delle sanzioni penali⁵.

È così nelle prime teorizzazioni del fenomeno che hanno equiparato il potere disciplinare⁶ al potere penale dello Stato⁷. Ma è così pure secondo quanti hanno affinato la teoria c.d. civilistica⁸, grazie alla quale il potere disciplinare ha acquistato una propria autonomia, rintracciandone il fondamento in un particolare vincolo, tra il soggetto titolare del potere e coloro che sono sottoposti al potere stesso⁹: rispetto alla funzione del potere disciplinare e delle relative sanzioni si consolida l’idea che le pene disciplinari non abbiano mai lo scopo patrimoniale soddisfacente, come invece quelle civili (tipicamente restitutorie o risarcitorie), ma piuttosto uno scopo afflittivo-punitivo¹⁰. Infatti, attraverso l’inflizione della sanzione, il responsabile risponde con un bene diverso da quello leso e a prescindere da alcun legame funzionale con quest’ultimo: le conseguenze dannose si traducono cioè nella previsione di un “male” che lo “punisca” per il fatto commesso.

Questo tratto accompagnerà la caratterizzazione del fenomeno disciplinare anche nella tesi che ha individuato il fondamento del potere in una speciale capacità di cui godono alcuni soggetti: sia nella teoria amministrativistica, che

⁴ Cfr., sulle funzioni sottese alla previsione di sanzioni afflittive, T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scaffi, Milano, 1985, p. 63.

⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, (1975), trad. it. A. Tarchetti, Torino, 2014, p. 195, il quale correttamente osserva che «le discipline stabiliscono una “infra-penalità”; incasellano uno spazio che le leggi lasciano vuoto; qualificano e reprimono una serie di comportamenti che per il loro interesse relativamente scarso sfuggivano ai grandi sistemi di punizione».

⁶ Esercitato nell’ambito del pubblico impiego.

⁷ La dottrina che elaborò e sostenne l’identità tra potere disciplinare e potere penale fu principalmente la dottrina penalistica tedesca: tra gli altri, G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1895, pp. 453 ss. Critica solo il fondamento della potestà disciplinare elaborato dalla teoria (coincidente con il potere punitivo generale dello Stato), per accedere invece alla identità funzionale della pena disciplinare rispetto a quella penale, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., p. 244, il quale ritiene che «la comminazione della pena disciplinare ha come quella della pena criminale lo scopo di prevenire la violazione giuridica mediante la coazione psicologica (pene disciplinari minori) o d’assicurare lo stato, contro il pericolo, che il colpevole possa ulteriormente nuocergli (rimozione o destituzione)».

⁸ Secondo LABAND, *Il diritto pubblico dell’impero germanico*, cit., p. 644, esiste «una grande somiglianza esteriore fra il diritto criminale e il diritto disciplinare, in quanto ambedue si realizzano col mezzo della pena».

⁹ In questa diversa prospettiva, si ritiene che le radici del potere disciplinare «non riposano [più] sulla potestà pubblica dello Stato, ma sulla supremazia nascente dal rapporto di servizio, sullo speciale rapporto di potestà intercedente fra lo Stato e l’impiegato che lo serve», con la conseguenza che anche «le pene disciplinari [...] sono mezzi per mantenere l’ordine e la disciplina entro i confini del rapporto di servizio e per assicurare l’adempimento dei doveri di servizio». Il potere disciplinare configura in altri termini una facoltà dello Stato “datore di lavoro”, che gli deriva dal contratto di servizio stipulato con i suoi dipendenti per costringerli all’adempimento dei relativi doveri: LABAND, *Il diritto pubblico dell’impero germanico*, cit., p. 6.

¹⁰ Così, in particolare, RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 15 ss.

attribuisce questa capacità punitiva esclusivamente allo Stato e agli enti pubblici, in ragione della loro autonomia normativa e organizzativa¹¹; sia nella dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, che individua tale potere in capo tanto ai soggetti pubblici quanto a soggetti privati organizzati, in funzione del bisogno dei singoli ordinamenti di controllare l'ordine al proprio interno, mentre la posizione di soggezione dipende dall'appartenenza a tali ordinamenti¹².

Se, dunque, lo scopo del potere disciplinare è quello di prevenire comportamenti che turbino la convivenza del gruppo mediante sanzioni che hanno tutti i tratti delle sanzioni punitive, la sede elettiva dell'intera materia non può che essere «il diritto delle persone»¹³.

Quando tuttavia si inizia a indagarne limiti, forme di controllo e meccanismi di tutela a protezione dei soggetti che subiscono l'esercizio del potere, si scopre che la disciplina del fenomeno, pur se manifestazione di generica potestà punitiva, è, nelle diverse realtà che intercetta, tutt'altro che ispirata ai principi del diritto punitivo, a cominciare dal principio di legalità nell'accezione che di quel ramo del diritto deve dirsi propria¹⁴.

3. I "privilegi" del gruppo e le non garanzie dell'individuo.

3.1. *La regola disciplinare: tra etica e diritto.* – Nel misurare la (ingiustificata e ingiustificabile) distanza dei sistemi disciplinari dai principi regolatori della materia punitiva riveste un ruolo decisivo il concetto di disciplina. Intesa come il complesso delle norme che regola la vita di una collettività e che, di conseguenza, limita l'attività di un individuo, la regola disciplinare condiziona la (inadeguata)

¹¹ ROMANO, *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., c. 247 e in particolare c. 255, dove afferma che «l'indole propria della pena disciplinare, come d'ogni altra pena [...] è prevenire mediante un'intimidazione». Cfr., inoltre, N. SPERANZA, *Considerazioni sul potere disciplinare della p.a.*, in *Nuova Rassegna*, 1966, p. 2865, per il quale il potere disciplinare non sarebbe posto a garanzia dell'adempimento degli obblighi del rapporto, bensì a «tutela dell'ordine e del prestigio dell'Amministrazione».

¹² RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 92 ss., il quale ha rielaborato il pensiero di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917) con riferimento ai sistemi disciplinari. In base alla ricostruzione, il potere disciplinare è, dunque, l'espressione del potere di auto-organizzazione, precettivo e sanzionatorio, di un'autorità secondaria: «questa per conservarsi e svilupparsi necessita di un potere punitivo che svolge, nei suoi confronti, la stessa funzione che il diritto penale esplica nello stato» (così, G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio del nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, pp. 58-59).

¹³ P. RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, recensione a U. Meyer-Cording, *Die Vereinsstrafe*, Tubinga, 1957, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, 5, p. 140g.

¹⁴ Nei rapporti pubblicistici, cioè ogni volta che siano in gioco un soggetto e un interesse pubblico, il potere disciplinare viene ricondotto alla disciplina del potere amministrativo, segnatamente discrezionale, con la conseguenza di essere retto dal principio di legalità, ma soltanto nella sua accezione propriamente amministrativistica. Nei rapporti privatistici, invece, il potere è disciplinato da regole simili a quelle del potere amministrativo discrezionale, e quindi è proceduralizzato, o è addirittura libero.

regolamentazione del potere, rappresentando il principale aspetto che riflette il «privilegio di giustizia»¹⁵ del quale si ammantano i gruppi mediante i sistemi disciplinari. Infatti, è soprattutto sotto il profilo sostanziale del potere che si avverte la strumentalizzazione a soddisfare in modo prevalente le esigenze dell'organizzazione, a discapito di quelle del soggetto sanzionato.

Del profilo sostanziale interessa, in particolare, la struttura delle regole di comportamento che rilevano ai fini disciplinari.

Da questo punto di osservazione, le questioni che ruotano intorno alla nozione di disciplina riguardano i presupposti di esercizio del potere, sia dal lato attivo che dal lato passivo. L'individuazione della regola rilevante sul piano disciplinare è determinante rispetto a coloro che esercitano il potere (giacché è con la violazione delle regole che il potere sanzionatorio viene in concreto attivato), ma (soprattutto) rispetto a coloro che ne subiscono gli effetti. È evidente che quanto più in astratto la regola di comportamento è definita, tanto più in concreto l'attività del soggetto attivo dovrà limitarsi ad accertare la conformità o difformità della condotta rispetto a quella regola. Ugualmente evidente è che quanto più in astratto la regola di comportamento è definita, tanto più in concreto il soggetto passivo sarà protetto dal rischio di essere "punito" per fatti diversi o non previsti come fattispecie di illecito.

Ebbene, dalla lettura delle norme che definiscono i comportamenti punibili in sede disciplinare e che naturalmente variano a seconda del contesto di riferimento, si ricava la medesima concezione di disciplina, collocata a metà strada tra la dimensione etico-sociale e la dimensione giuridica. Di là, come vedremo, dalle differenze riscontrabili tra le singole disposizioni che indicano le norme di comportamento per chi è inserito in una data comunità, la concezione di disciplina e di regola disciplinare sottesa è ancorata alla presunta impossibilità di individuare preventivamente e puntualmente tutte le condotte rilevanti sul piano disciplinare.

In generale, infatti, dall'analisi delle varie 'discipline' emergono due aspetti, che tendono a cumularsi. Il primo è il costante riferimento a regole metagiuridiche, come tali di difficile predeterminazione. Il secondo è l'uso di cataloghi di condotte (dove esistenti) meramente esemplificativi.

Si intuisce il notevole margine di incertezza che ne deriva nella determinazione degli illeciti disciplinari, margine che inevitabilmente si ripercuote sulle (non) garanzie riservate al soggetto passivo del rapporto.

¹⁵ L'espressione è di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, cit., p. 195: «nel cuore di ogni sistema disciplinare funziona un piccolo meccanismo penale, che beneficia di una sorta di privilegio di giustizia, con leggi proprie, reati specifici, forme particolari di sanzione, istanze di giudizio».

Quello delle fonti degli illeciti, che oscillano tra due sistemi normativi diversi (giuridico e etico¹⁶), è un dato comune tanto ai sistemi disciplinari pubblicistici, regolati da fonti legislative e regolamentari (si pensi al pubblico impiego, all'ordinamento giudiziario o alla maggior parte delle professioni regolamentate), quanto ai sistemi disciplinari privatistici, la cui disciplina è, invece, lasciata (dal legislatore) agli atti di autonomia organizzativa dei competenti organi del gruppo (è il caso in generale delle associazioni, siano esse o meno riconosciute).

3.1.1. *Il rinvio a regole metagiuridiche.* – Il primo aspetto del regime sostanziale della materia disciplinare che lascia il soggetto passivo in uno stato di totale incertezza di fronte al potere concernere, si è detto, il richiamo a regole extragiuridiche per definire la colpa disciplinare. Si tratta di una caratteristica diffusa della materia disciplinare e assume in questo ambito un preciso significato. Il riferimento a nozioni riconducibili all'“etica”, infatti, non ha semplicemente il senso di integrare condotte doverose¹⁷, ma serve primamente a confermare che il

¹⁶ Il richiamo a regole etico-sociali implica naturalmente il loro passaggio nella dimensione giuridica, nella misura in cui vi è il richiamo e giacché le norme giuridiche sono capaci di vincolare e modificare la condotta dei loro destinatari, attraverso l'intervento di autorità apposite e l'applicazione di specifiche modalità decisionali, proprie del sistema giuridico. Il rinvio prova quindi che tra diritto e morale, tra due sistemi normativi diversi, possono esistere svariati rapporti, pur mantenendo ciascuno la propria essenza. Nel caso in questione il rapporto è di “convergenza” e precisamente costituisce un esempio in cui «da morale [...] può essere un ordinamento giuridico rilevante come tale. Questa ipotesi ricorre specialmente [...] quando una norma giuridica esplicitamente o implicitamente prescrive che certi atti, azioni, contegni debbono essere conformi alla morale o, più spesso, in forma negativa, ad essi non contrari». Si tratta delle ipotesi in cui vi è un rinvio del diritto alla morale, che «ha luogo, non genericamente, ma con delle specificazioni, che importano anche limitazioni. Anche quando, in mancanza di precise disposizioni di legge per un dato caso, si deve ricorrere ai c.d. principii generali e questi principii si identificano con quelli del diritto naturale [...], è evidente che ad essi non possono ridursi tutti i principi della morale. La limitazione è comunque maggiore quando la legge si riferisce, per esempio, ai buoni costumi, all'equità, alla buona fede etc.». In questo ordine di idee, «è sempre da tener presente che la rilevanza giuridica che alla morale così si conferisce non è ad essa intrinseca e non dipende dalla sua propria efficacia, ma deriva dall'ordinamento che la richiama e in quanto la richiama» (SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Diritto e morale*, Milano, 1947, p. 75).

D'altra parte, attribuire rilevanza giuridica a regole morali non significa sottrarle all'autogoverno individuale, che ne contraddistingue l'essenza: «la norma morale [...] non avrebbe valore se non in quanto interiore», affidata alla sfera più intima di un individuo, alla valutazione del proprio “foro interno” (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 71). Nella prospettiva squisitamente filosofica ciò equivale a dire che «[l]a coscienza morale comanda obbedienza senza avere la prova che il comando sarà eseguito; la coscienza non può convincere né costringere. [...] La responsabilità morale è la più personale e la più inalienabile delle proprietà umane, e il più prezioso dei diritti umani. Non può essere liquidata, condivisa, ceduta, data in pegno o messa al sicuro da qualche parte. La responsabilità morale è incondizionata e illimitata» (Z. BAUMAN, *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, pp. 254-255).

¹⁷ Al pari di quanto avviene in materia di obbligazioni, dove pure è dato ritrovare l'uso di clausole generali che ripetono concetti relativi a regole etiche e sociali: v., per tutti, l'esempio dell'art. 1176 c.c.

potere disciplinare ha la funzione di proteggere l'ordine di una struttura organizzativa esistente: un ordine dato innanzitutto dai valori che quella struttura organizzativa assume come propri¹⁸.

Così, quando si afferma che «l'oggetto unitario della pretesa del soggetto attivo [*i.e.* il titolare del potere], e della soggezione del soggetto passivo, deve essere identificato [...] nel "comportamento", cioè nel modo di svolgere certe attività»¹⁹, si allude proprio all'ordine di idee prospettato: la condotta per essere illecita e, di conseguenza, rilevante sul piano disciplinare deve essere misurata con le esigenze che tengono insieme una comunità organizzata in un determinato momento e a seconda delle circostanze concrete.

Il punto, però, è che adagiandosi su tale convincimento, si ritiene non sia possibile individuare puntualmente e in astratto tutti i fatti che possano turbare l'ordine interno. Viceversa, si reputa doversi mantenere una certa elasticità che solo concetti indeterminati, i quali rinviano al sistema normativo etico-sociale, possono garantire. Soltanto con formulazioni ampie e vaghe, infatti, sarebbe possibile punire azioni antisociali e gravemente immorali anche se non declinate in specifiche e puntuali norme di comportamento.

Di qui, l'uso generalizzato di regole extragiuridiche per la configurazione della condotta illecita: la regola disciplinare assume spesso la struttura della "forma libera", costituendo mancanza punibile qualunque fatto (doloso o colposo) che determini un pregiudizio (diretto o indiretto) all'organizzazione²⁰. Viene, in altri termini, codificata l'atipicità dell'illecito disciplinare, rinunciando all'applicazione del principio di legalità, nella sua estrinsecazione più garantista, cioè quella della tassatività e determinatezza degli illeciti.

Basti qualche esempio, tratto da rapporti regolati sia dal diritto pubblico sia dal diritto privato.

3.1.1.1. *Nei rapporti pubblicistici.* – Nei sistemi disciplinari sottoposti a regime pubblicistico, l'ordine di idee richiamato è del tutto visibile. In tali casi, infatti, è proprio il legislatore che «per forza di inerzia» ripete «stancamente le formule del passato»²¹. Per definire la mancanza disciplinare o per precisarne la

relativo alla diligenza richiesta al debitore nell'adempimento della propria obbligazione che viene valutata dal giudice in base a quella del buon padre di famiglia.

¹⁸ Le regole disciplinari e la connessa responsabilità rappresentano un'«ampia e preventiva rete di protezione dell'interesse e della moralità» di una determinata comunità secondo B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, p. 151.

¹⁹ Così, G. LANDI, *Disciplina (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 25.

²⁰ Cfr. MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 87. V. Inoltre Y. GAUDEMET, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, 2015, 3, p. 715, secondo il quale la regola disciplinare si «può estendere a tutto ciò che è colpa, negligenza, omissione nell'esercizio dell'attività professionale in causa».

²¹ MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 73. Nei medesimi termini, F. LEVI, *La funzione disciplinare degli ordini professionali*, Milano, 1967, pp. 57-58, il quale osserva che il legislatore statale nel regolare le professioni si è limitato «ad attribuire al Consiglio dell'ordine o del collegio [...] il potere disciplinare. Senza alcuna indicazione dei presupposti di esercizio», impiegando soltanto «i termini più vaghi».

gravità, utilizza formulazioni di principio – o se si preferisce clausole generali – che chiaramente rinviano a valutazioni etiche e a giudizi compiuti in base a regole sociali²².

Si ritrovano, così, concetti come la “correttezza”, il “decoro”, l’“onore”, la “dignità”, il “prestigio”, l’“imparzialità”, la “reputazione”, la “credibilità”: formule che rivelano la volontà di lasciare in ambito disciplinare quel margine di scelta necessario a garantire la protezione dei valori della comunità, a sua volta strumentale alla cura di determinati interessi pubblici²³.

In questi termini, può citarsi la normativa sulla responsabilità disciplinare dei magistrati amministrativi e contabili. Aderendo a una soluzione interpretativa²⁴, che ritiene tuttora vigenti le disposizioni del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 51²⁵, la responsabilità disciplinare si configurerebbe nelle mancanze del magistrato ai suoi «doveri», o nei casi in cui «tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell’ordine giudiziario»²⁶.

Cfr., inoltre, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, pp. 101 ss.

²² Cfr. C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Milano, 1965, pp. 414-423; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, p. 164. Cfr. inoltre G. MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico*, Milano, 1968, p. 323: «V’è da rilevare, da un punto di vista generale, come le formule contenute nelle norme di comportamento sono piuttosto generiche; esse contengono espressioni, alcune volte molto retoriche, di cui spesso è difficile individuare il significato preciso».

²³ Da quest’ultimo punto di vista, ritiene che la responsabilità disciplinare vada «valorizzata», MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, cit., p. 30, giacché almeno «se paragonata a quella penale, la responsabilità disciplinare è un rimedio di tipo preventivo piuttosto che repressivo. Dal punto di vista della formazione di una coscienza etica da parte dei funzionari, essa è importante, perché costituisce una barriera rispetto alla commissione di violazioni più gravi e perché nelle sanzioni disciplinari l’elemento educativo è più forte, e quello repressivo meno forte, che in quelle penali». Inoltre, aggiunge l’A., «mentre in tutti gli stati moderni le norme penali sono poste dalla legge, gli illeciti e le sanzioni disciplinari possono essere stabiliti con la partecipazione dei rappresentanti degli impiegati: ciò può contribuire a farle accettare da parte degli impiegati e può indurre le loro organizzazioni sindacali ad adoperarsi per il loro rispetto». Sebbene il richiamo è fondamentalmente ai dipendenti pubblici, il discorso può estendersi anche agli appartenenti alle categorie professionali regolamentate, che, è innegabile, nella loro attività investono interessi di rilievo pubblicistico (per esempio, l’attività professionale forense e sanitaria, volte a garantire diritti inviolabili della persona *ex artt.* 24 e 32 Cost.).

²⁴ V. TENORE, *Il procedimento disciplinare per i magistrati amministrativi, contabili, militari, onorari e per gli avvocati dello Stato*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, a cura di M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, *e. al.*, Milano, 2010, pp. 573 ss.; nonché, di recente, S. BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in *Giustamm. Rivista di diritto pubblico*, 2017, 6.

²⁵ Regio decreto sulle guarentigie della magistratura. Come noto, la sezione II dedicata alla disciplina è stata abrogata e interamente sostituita dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109. Più volte modificato e integrato, tale decreto reca la «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1 lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

²⁶ Così l’art. 18 del r.d.l. 51/1946, cit.

Concetti come il “decoro”, la “dignità” e il “prestigio” dell’istituzione (quale complesso organizzato²⁷), posti a base dell’esercizio della potestà disciplinare, ricorrono poi nell’ambito delle professioni regolamentate. È il caso, per esempio, della legge istitutiva dell’«ordinamento del notariato e degli archivi notarili»²⁸. L’art. 147, che chiude il Capo II dedicato alle sanzioni disciplinari, dispone espressamente che è passibile di responsabilità disciplinare il notaio che «compromette, in qualunque modo, con la propria condotta, nella vita pubblica o privata, la sua dignità e reputazione o il decoro e prestigio della classe notarile». Ancora pertinente è la legge di ricostituzione degli ordini delle professioni sanitarie²⁹ e del relativo regolamento di esecuzione³⁰. Qui l’esercizio del potere disciplinare, attribuito all’ordine e connesso alla sua funzione di «vigilare alla conservazione del decoro e della indipendenza dell’Ordine e del Collegio»³¹, è la conseguenza di condotte relative ad «abusi o mancanze nell’esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale»³². Sempre a titolo d’esempio, rileva, inoltre, la normativa sull’ordinamento della professione di giornalista³³: in apertura al Titolo III, rubricato *Della disciplina degli iscritti*, l’art. 48 prescrive che i giornalisti che «si rendano colpevoli di fatti non conformi al decoro e alla dignità professionali, o di fatti che compromettano la propria reputazione o la dignità dell’ordine, sono sottoposti a procedimento disciplinare»³⁴. Identico *humus* nell’ordinamento forense, riformato dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247: ai sensi dell’art. 51, infatti, le «infrazioni ai doveri e alle regole di condotta dettati dalla legge o dalla deontologia»³⁵ sono sottoposte a giudizio disciplinare. Il che equivale a dire che, ai fini della responsabilità disciplinare, rilevano non solo i comportamenti contenuti nel codice deontologico (del quale si dirà nel paragrafo successivo), ma anche i comportamenti difformi ai doveri dell’avvocato indicati

²⁷ Il termine istituzione è qui usato nella sua accezione generica, su cui, v. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 128, secondo il quale «perché si possa parlare di istituzione, non basta che vi siano regole di condotta che dirigono la condotta dei consociati: è necessaria un’organizzazione, fondata su regole, del gruppo stesso attraverso la determinazione dei fini, dei mezzi e degli organi del gruppo. Fa parte generalmente dell’organizzazione del gruppo la produzione di regole secondarie per l’osservanza e l’esecuzione delle regole primarie, cioè l’istituzionalizzazione delle sanzioni. Si dice che un gruppo si organizza quando passa dalla fase della sanzione incontrollata a quella della sanzione controllata».

²⁸ L. 16 febbraio 1913, n. 89 e successive modifiche e integrazioni.

²⁹ Di cui al d.lgs.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233, «Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse», così come sostituito dalla l. 11 gennaio 2018, n. 3, legge recante disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie.

³⁰ D.p.r. 5 aprile 1950, n. 221, «Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse».

³¹ Art. 3, l. b), del d.lgs.c.p.s. 233/1946, cit.

³² Art. 38 del d.p.r. 221/1950, cit.

³³ L. 3 febbraio 1963, n. 69.

³⁴ Art. 48 della l. 69/1963, cit., rubricato «Procedimento disciplinare».

³⁵ Art. 51 della l. 247/2012, cit., rubricato «Procedimento disciplinare e notizia del fatto».

nella legge e preposti, come noto, a tutela della professione e dell'interesse generale (cioè «degli interessi individuali e collettivi sui quali [la professione forense] incide»³⁶)³⁷.

La pretesa eticità dei rapporti disciplinari si riscontra infine nell'ordinamento universitario, in particolare per ciò che attiene al regime dei docenti. In tale ambito e per quanto qui maggiormente interessa, la disciplina continua a essere dettata dal regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592 (c.d. testo unico delle leggi sull'istruzione superiore), segnatamente dagli artt. 87 ss.³⁸. Tra i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, quelli cioè che fanno scattare l'esercizio del potere sanzionatorio, l'art. 89 del citato decreto menziona, a chiusura delle altre ipotesi, gli «atti in genere, che comunque ledano la dignità o l'onore del professore»³⁹ e di conseguenza dell'istituzione che egli rappresenta. Ritorna, dunque, una fattispecie a forma libera, nella quale rileva ogni comportamento del docente che leda la propria immagine e di riflesso l'immagine dell'istituzione universitaria⁴⁰.

3.1.1.2. *Nei rapporti privatistici.* – La funzionalizzazione del potere disciplinare agli interessi della organizzazione, nel consequenziale sacrificio

³⁶ Art 1, comma 2, l. b), della l. 247/2012, cit.

³⁷ Esplicita in tal senso la giurisprudenza: v. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, che, nell'espone alcuni principi regolatori della responsabilità disciplinare, sancisce che la scelta di adottare una formulazione normativa ampia e vaga «viene generalmente ravvisata nel fine di evitare che violazioni dei doveri anche gravi possano sfuggire alla sanzione disciplinare. Pertanto, per un'esatta ricostruzione del controllo di legittimità sull'interpretazione ed applicazione [della norma], occorre prendere le mosse dalla premessa che la stessa descrive fattispecie d'illecito disciplinare, non mediante un catalogo di ipotesi tipiche, ma mediante clausole generali o concetti giuridici indeterminati. Ciò comporta anzitutto che tale norma non si presta ad una definitiva ed esaustiva individuazione di ipotesi tipiche sul piano astratto, sia pure da parte dell'organo deputato alla sussunzione del fatto nella norma generale. Il che, sotto il profilo attuativo, significa che il perimetro di tale norma generale, preposta alla tutela del decoro e della dignità professionale, non è esaurito dalle fattispecie tipiche lesive che possano rinvenirsi nel codice deontologico professionale».

³⁸ È stato ribadito di recente dalla Cass., Sez. lav., 25 maggio 2012, n. 8304: il decreto non risulta espressamente abrogato da successive normative, intese a disciplinare in maniera organica il rapporto di impiego del personale delle università, né si configura abrogazione tacita per incompatibilità al personale docente universitario delle sanzioni «previste dall'articolo 87 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore di cui al regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592»; e il rinvio normativo è da ritenersi esteso, per ragioni sistematiche, anche alle previsioni dell'art. 89.

³⁹ Gli illeciti per le sanzioni più pesanti della censura elencati nell'art. 89 del citato testo unico sono: la grave insubordinazione; l'abituale mancanza ai doveri d'ufficio; l'abituale irregolarità di condotta.

⁴⁰ Cfr. V. TENORE, *Profili ricostruttivi del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari a cinque anni dalla riforma Gelmini*, in *Giustamm. Rivista di diritto pubblico*, 2015, 4; G. TRIPI, *I procedimenti disciplinari nei confronti dei docenti universitari*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2004, 5, pp. 977 ss.; L. VIOLA, *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 3; ID., *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2010, 5, pp. 995 ss.; S. CIMINI, *Potere sanzionatorio e competitività nel sistema universitario italiano*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. Picozza, A. Police, Torino, 2013, p. 215.

dell'individuo, è palese pure se si guarda ai sistemi disciplinari regolati dal diritto privato.

Si prenda la responsabilità disciplinare in materia di pubblico impiego privatizzato, rispetto alla quale continua a profilarsi il regime privatistico nonostante la disciplina sostanziale (e procedurale) ricada sotto fonti legislative e regolamentari. Ebbene, secondo l'art. 54 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁴¹, le mancanze ai doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico sono fonte di responsabilità disciplinare. La conferma deriva dal codice di comportamento (d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62⁴²) cui il suddetto art. 54 rinvia per la definizione dei doveri del dipendente pubblico. Tra questi, risaltano i principi generali che il pubblico dipendente deve rispettare nell'esercizio delle proprie funzioni (art. 3 del codice): principi che richiamano espressamente il contenuto degli articoli 54 e 98 Cost., peraltro già presente nel citato art. 54 del testo unico sul pubblico impiego. Nella configurazione dell'illecito, ricorrono, quindi, formule aperte, che hanno lo scopo di lasciare all'amministrazione lo spazio per valutare le condotte non conformi alla «disciplina ed [all']onore», o al «buon andamento e imparzialità»⁴³, dalle quali possa derivare un pregiudizio «anche morale» al «decoro e al prestigio

⁴¹ Come noto, la disciplina del d.lgs. 165/2001, contenente «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», è stata oggetto di diverse modifiche legislative; con riferimento alla materia disciplinare rilevano in particolare il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, la l. 6 novembre 2012, n. 190 e, infine, il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116.

⁴² «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». Sulla genesi e sulla funzione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici si veda ampiamente MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., pp. 131 ss., cui si rinvia anche per la dottrina citata.

⁴³ Questi sono soltanto alcuni dei principi prescritti nell'art. 3 del codice di comportamento. In base a esso, «[i]l dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare». Inoltre, «[i]l dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi». Il pubblico dipendente, poi, «non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione. Prerogative e poteri pubblici sono esercitati unicamente per le finalità di interesse generale per le quali sono stati conferiti». Il dipendente esercita «l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia. La gestione di risorse pubbliche ai fini dello svolgimento delle attività amministrative deve seguire una logica di contenimento dei costi, che non pregiudichi la qualità dei risultati». Nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, «assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi sui destinatari dell'azione amministrativa o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o su altri diversi fattori».

dell'amministrazione di appartenenza»⁴⁴. Emerge, cioè, chiaramente la funzione di protezione «dell'interesse e della moralità pubblica»⁴⁵ affidata alla responsabilità disciplinare.

Nelle realtà associative le cose non cambiano. La relazione assorbente tra potere disciplinare e scopi perseguiti dal gruppo, mediata dall'atipicità delle condotte disciplinari, è evidente, siano le associazioni più o meno strutturate. Muovendo da quelle che presentano dimensioni organizzative articolate, può farsi l'esempio delle associazioni di categoria diffuse in ambito finanziario, al fine di tutelare concorrenza e risparmio nell'esercizio di attività di prestazione di servizi finanziari ed economici ai consumatori. È il caso di Assoreti, associazione degli intermediari finanziari che prestano il servizio di consulenza in materia di investimenti, come definito dall'art. 1, comma 5, lett. f) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La regolamentazione interna di tale gruppo è composta da una serie di norme c.d. autodisciplinari, in ossequio a quanto prescritto dal codice civile in tema di organizzazione interna delle associazioni, siano esse riconosciute o meno⁴⁶. Tra le norme autodisciplinari che qui maggiormente interessano risaltano le disposizioni del codice di comportamento adottato dall'assemblea dei soci nel 1987 e senza novità dal punto di vista in esame recentemente modificato il 17 marzo 2017. In particolare, rileva l'art. 3 inserito nel titolo riservato ai principi generali dell'associazione: in base a esso la responsabilità disciplinare si configura per «ogni violazione delle norme del Codice ed ogni comportamento contrario alle regole di condotta [che] integrano una lesione dell'immagine e dell'onore della Associazione e delle Associate, anche se detta violazione e comportamento non abbiano causato un concreto pregiudizio alle altre Associate o a un Cliente». In termini simili, il meccanismo disciplinare predisposto dall'Anasf, associazione nazionale dei consulenti finanziari. Per statuto, tale organismo di diritto privato ha lo scopo di «tutelare gli interessi morali e professionali [dei consulenti finanziari], valorizzando l'immagine della categoria nei confronti dei risparmiatori, degli intermediari, delle istituzioni e dell'opinione pubblica in generale»⁴⁷. E come Assoreti, anche Anasf si serve del potere disciplinare per garantire lo scopo di valorizzazione dell'immagine della categoria, punendo solo quegli individui che, disturbando l'ordine interno con condotte contrarie alla diligenza, correttezza e trasparenza professionale, ledono la credibilità dei consulenti finanziari sul mercato.

Anche nei contesti poco strutturati e regolati da scarse disposizioni negoziali, si è detto, la materia disciplinare è avvertita come oggetto di interesse comune, tesa a garantire il funzionamento del gruppo stesso. È sufficiente riferirsi

⁴⁴ Così il comma 2 dell'art. 16, d.p.r. 62/2013, cit., rubricato «Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice».

⁴⁵ Così, ancora, MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 151.

⁴⁶ Si fa riferimento agli articoli 16 e 36 del c.c.

⁴⁷ Art. 2, l. a), dello statuto approvato dal Congresso nazionale di Perugia il 7 novembre 2015.

ai modelli cui in linea di massima si adeguano nella prassi le diverse realtà associative di carattere dilettantistico-amatoriale. In tali modelli (atti costitutivi o statuti) è solito rintracciarsi disposizioni che in ordine ai presupposti per l'esercizio della potestà sanzionatoria si rifanno in modo candido a locuzioni quali: «azioni ritenute disonorevoli entro e fuori dell'associazione» o condotte indegne che «in qualunque modo arrechino danni morali o materiali all'associazione».

3.1.2. *I codici di condotta: vaghezza e incompletezza* – L'affresco delle diverse ipotesi nelle quali la norma disciplinare assume, per il tramite di concetti indeterminati, la struttura della forma libera, rendendo sanzionabili fatti che in qualunque modo turbino l'ordine interno di un complesso organizzato (sotto il profilo funzionale e organizzatorio), è servito a mettere in luce quell'aspetto ancora troppo diffuso nel variegato panorama dei sistemi disciplinari: dietro l'esigenza di proteggere gli scopi di una certa categoria organizzata (sia essa collegata a interessi pubblici o privati) si giustifica l'assenza di tassatività e determinatezza delle condotte rilevanti sul piano disciplinare.

Tale aspetto è confermato dall'altro elemento, al quale si è fatto cenno⁴⁸, che contraddistingue i sistemi disciplinari: l'uso di cataloghi di regole di condotta che, oltre a costituire in alcuni (ma significativi) casi delle elencazioni meramente esemplificative, innescano problemi in punto di struttura delle fattispecie in essi contenute. Si tratta dei cosiddetti codici etici, codici deontologici, codici di autodisciplina: tutti strumenti volti a indicare, «agli appartenenti a un'organizzazione o agli esponenti di una categoria, i *boni mores*»⁴⁹.

Espressioni di «un fenomeno [tipico] del nostro tempo»⁵⁰, tali strumenti hanno, quindi, iniziato a coprire quell'area che «per decenni ha coinciso con la dimensione degli usi (normativi o negoziali)», riempiendola di «contenuti normativi secondari»⁵¹ promananti da vari soggetti dell'ordinamento; dunque, non

⁴⁸ *Supra* § 3.1.

⁴⁹ Così MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 139. V. inoltre, E. CARLONI, *Ruolo e natura dei cosiddetti "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 2002, 1, p. 321, secondo il quale i codici deontologici in particolare sono espressione di un corpo sociale già definito e estrinsecazione di regole condivise perché affidate all'autonomia e disponibilità dello stesso corpo sociale.

⁵⁰ Ancora MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 139. Cfr. inoltre Y. GAUDEMET, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, cit., p. 714, che, però, tende a ridimensionare il fenomeno, additandolo come effetto di una moda.

⁵¹ Cfr. E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, vol. I, p. 95. In sostanza, la codificazione si è sviluppata in quei campi della realtà sociale – pubblica o privata – dove in passato era stato possibile ricostruire empiricamente sistemi normativi non scritti (basati, cioè, sulla ripetizione uniforme e spontanea di certi comportamenti e sorretti da principi e clausole generali, quali per esempio la buona fede, la correttezza o ancora l'imparzialità e l'indipendenza). In questi termini, il fenomeno della codificazione dei «costumi» che hanno un immediato riflesso nella vita sociale di una comunità organizzata, sostituisce, pur presentando tratti comuni, il processo di formazione delle norme consuetudinarie, che, come noto, si sviluppano spontaneamente e si

solo da organi istituzionali (*i.e.* il caso del codice di comportamento dei dipendenti pubblici adottato con regolamento governativo sopra menzionato), ma anche da enti pubblici con autonomia funzionale (come gli ordini professionali e le università) e da organizzazioni private.

A prescindere dalle differenze terminologiche, i suddetti codici tendono a riprodurre i “costumi” di una comunità organizzata che hanno immediato riflesso nella vita sociale. Contengono quindi condotte riconosciute dai consociati in ragione della loro stessa appartenenza all'organizzazione; descrivono, in definitiva, quei comportamenti che sottintendono scopi comuni, dal cui rispetto dipende il corretto funzionamento della comunità⁵².

In questi termini, codici e precetti in essi contenuti dovrebbero costituire lo strumentario privilegiato per coloro che detengono il potere disciplinare, se è vero, come già ribadito, che esso è funzionale al mantenimento dell'ordine interno di una data organizzazione in vista del raggiungimento dei suoi fini. Al tempo stesso dovrebbero poter implicare che dall'applicazione delle regole dettate ne esca garantito il soggetto passivo della potestà sanzionatoria, da punire solo per i fatti espressamente previsti⁵³.

Così ragionando ci si aspetterebbe che, laddove esista una codificazione dei comportamenti, vi siano anche basi sufficienti per la piena attuazione del principio di legalità; eppure, alcuni motivi inducono a dubitare che il ruolo dei codici di condotta sia fondamentalmente e generalmente questo.

Tralasciando le questioni che si legano alle difficoltà di inquadramento di tali strumenti «entro gli schemi del diritto»⁵⁴, è soprattutto il loro contenuto a confermare che non possono assurgere a codici disciplinari. Da un lato, infatti, alcuni codici si presentano come mere elencazioni indicative di obblighi, cui si

impongono come canoni di comportamento per effetto di un uso prolungato e perché sorrette dalla *c.d. opinio iuris vel necessitatis*. In generale, sulla consuetudine come fatto normativo, si veda, tra tanti, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010.

⁵² In proposito, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2014, p. 55, rileva che «ai codici di regole di condotta è stata attribuita la funzione di proteggere il gruppo nel suo insieme piuttosto che di proteggere l'individuo singolo».

⁵³ Ragiona infatti di «strumento di garanzia, perché consente all'interessato di conoscere con maggiore precisione i comportamenti che potrebbero essere considerati illeciti», MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 151, a proposito del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, già prima che questo potesse essere considerato, oltre che codice di condotta, contenente cioè gli obblighi per adempiere al meglio la prestazione lavorativa e perseguire correttamente l'interesse pubblico, anche codice disciplinare, cioè fonte di riferimento primaria per la repressione disciplinare (diversa dal licenziamento).

⁵⁴ MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 103.

affiancano clausole di chiusura⁵⁵; dall'altro, i codici manifestano comunque e sempre la propria inidoneità a fissare la tipologia di infrazioni disciplinari, giacché utilizzano formule di principio per individuare il comportamento rilevante sul piano disciplinare⁵⁶. Pertanto, quand'anche fossero considerati parametri giuridici per i soggetti titolari del potere, la loro struttura non sembra rendere l'esercizio del potere meno discrezionale nella valutazione del disvalore di una condotta. Per un verso, perché solamente enumerativa di comportamenti doverosi, per altro verso, perché composta principalmente da clausole generali.

Non solo, se a questo si aggiunge che di solito nei suddetti strumenti pure le sanzioni possibili sono meramente elencate, manca cioè quella combinazione tra condotta illecita e sanzione irrogabile, tipica del diritto punitivo, la conclusione è che la vera e propria norma disciplinare (che in un tempo proibisce e punisce) resta quella contenuta nelle singole leggi o nei singoli atti negoziali, la quale, si è visto, è in molti casi una norma sanzionatoria in bianco.

3.2. *L'esercizio del potere disciplinare. Le (non) garanzie del giusto procedimento.* – Dall'analisi appena condotta è emerso che il regime giuridico sostanziale della potestà disciplinare si sottrae all'applicazione dei principi del diritto punitivo, data la genericità del parametro giuridico su cui si basa l'individuazione del comportamento illecito (anche quando contenuto in codici di comportamento) e vista altresì la mancata correlazione tra infrazioni disciplinari e sanzioni irrogabili.

È stato, pertanto, possibile ricostruire quel profilo di "privilegio" tuttora comune a molti sistemi disciplinari, consistente in un'insufficiente regolamentazione del potere sanzionatorio per la parte in cui manca la predeterminazione (oltre che tipica anche tassativa) delle condotte rilevanti sul piano disciplinare.

Si tratta adesso di individuare l'altro profilo di "privilegio" che rende il modello disciplinare inadeguato rispetto all'ordine costituzionale vigente, perché tutto sbilanciato a favore dell'organizzazione, a detrimento dell'individuo. Tale profilo può rintracciarsi nella fase di irrogazione della sanzione disciplinare. Si vedrà che le mancanze riscontrate in punto di regime sostanziale non sono

⁵⁵ Si prenda il codice di comportamento di Assoreti. Unica fonte di responsabilità disciplinare, il codice contiene all'art. 2, comma 2, una clausola che produce gli stessi effetti di una norma di chiusura. In base a esso, infatti, «per quanto non espressamente contemplato dal Codice, ogni comportamento contrario alle regole [di buona fede e correttezza professionale] costituisce di per sé una violazione assoggettabile a sanzione».

⁵⁶ Si pensi ai codici etici adottati dalle università ai sensi dell'art. 2, comma 4, della l. 30 dicembre 2010, n. 240, che spesso consistono in «elenchi di previsioni talmente astratte, che sembrano essere stati emanati solo per adempiere a un obbligo legislativo, [...] e non per regolare realmente la condotta» dei componenti della comunità universitaria (B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini: profili sostanziali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1, p. 7).

sufficientemente compensate dalle garanzie procedurali: perché talvolta addirittura assenti e perché, in ogni caso, carenti in ragione della coincidenza tra soggetto che esercita il potere sanzionatorio e soggetto leso⁵⁷.

In una visione d'insieme del fenomeno disciplinare la portata lesiva dei difetti concernenti le garanzie procedurali appare evidente se si considera in particolare che ormai la maggior parte delle normative disciplinari (legislative, regolamentari o autodisciplinari) rinvia ai principi del giusto processo e del giusto procedimento ai fini dell'applicazione della sanzione⁵⁸. Gli esempi in tal senso sono numerosi e riguardano sia i sistemi disciplinari regolati dal diritto pubblico, dove il potere è ricondotto alla disciplina del potere amministrativo, segnatamente discrezionale, sia i sistemi disciplinari governati dal diritto privato, nei quali l'esercizio della potestà è scandito in varie fasi procedurali. Riprendendo alcune fattispecie esaminate in precedenza, l'applicazione dei suddetti principi è per esempio propria dell'articolata disciplina del procedimento disciplinare nell'ordinamento forense, contenuta nella l. 247/2012 cit. (segnatamente nel Titolo V, capo I e II) e nel regolamento autodisciplinare del 21 febbraio 2014, n. 2, adottato dal Consiglio nazionale forense. È significativa soprattutto perché, rinviando alle norme del codice di procedura penale (art. 10, comma 3, reg. 2/2014), riconduce dichiaratamente il fenomeno disciplinare al diritto punitivo, confermando al tempo stesso l'idea che il procedimento disciplinare sia qualcosa di più di un "semplice" procedimento amministrativo⁵⁹. In tale disciplina, infatti, non solo viene sancito l'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato, ma trovano diretta prescrizione le garanzie inerenti più strettamente al giusto processo e al diritto di difesa del soggetto incolpato, seguendo le scadenze proprie del contenzioso penale: tra queste il diritto di presentare deduzioni sia in fase pre-istruttoria che in fase istruttoria; il diritto di accedere agli atti; il diritto di essere sentito in fase istruttoria e dibattimentale, nonché il diritto di farsi assistere da un difensore di fiducia.

In riferimento ai sistemi disciplinari retti dal diritto privato, può invece segnalarsi il meccanismo delineato dall'associazione di categoria Assoreti e l'insieme di regole da applicarsi al momento della inflizione di una sanzione

⁵⁷ Quanto appena detto, ammesso e non concesso che le garanzie procedurali possano svolgere una funzione compensativa e dunque sostitutiva delle garanzie sostanziali.

⁵⁸ Si tratta dei principi prescritti nell'art. 111 Cost. e nell'art. 6 Cedu, che, come noto, si traducono fondamentalmente nel rispetto del contraddittorio, nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, nella conclusione del processo e del procedimento entro termini certi o comunque ragionevoli.

⁵⁹ Sui procedimenti amministrativi contenziosi si vedano, *ex multis*, M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 226 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, pp. 266 ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, in www.irpa.eu, secondo cui «da natura del potere sanzionatorio e gli effetti del suo esercizio sono [...] tali, da richiedere un rafforzamento delle garanzie ordinariamente assicurate nel procedimento amministrativo».

disciplinare: nell'ambito del c.d. procedimento ordinario⁶⁰, i soggetti sottoposti a potere disciplinare possono depositare memorie difensive nella fase introduttiva del giudizio⁶¹, illustrare le proprie posizioni nell'udienza di discussione, «nella più ampia libertà di forma» a garanzia di effettività del principio del contraddittorio, nonché farsi assistere da un difensore ed esporre «brevemente e oralmente le proprie deduzioni conclusive con diritto ad una sola replica»⁶².

Se così è, le eccezioni a tale *modus operandi* stridono, costituendo un ingiustificato (e ingiustificabile) privilegio di giustizia.

L'assenza di garanzie procedurali si ritrova nei contesti associativi, in particolare nelle associazioni a scopo ricreativo. Nei gruppi sociali poco strutturati nei quali il singolo, inserendosi spontaneamente, intende soddisfare i bisogni più intimamente connessi alla sua personalità⁶³.

Negli accordi interni o negli statuti delle associazioni volontarie di stampo amatoriale non ci sono disposizioni che, a favore dei singoli esposti al potere, riconoscano il contraddittorio tra le parti o la previa contestazione dell'addebito; né ci sono precetti che impongano, ai soggetti titolari del potere disciplinare, di irrogare la sanzione entro un termine o di motivare gli atti sanzionatori. Vi è la previsione di una posizione di autorità in capo a taluni organi dell'associazione (solitamente al Consiglio direttivo oppure all'assemblea dei soci), ma mancano strumenti di controllo procedimentale, affinché l'esercizio del potere non risulti, in fase di irrogazione della sanzione, in contrasto con gli interessi e la personalità degli associati.

Si assiste, di fatto, a una situazione nella quale un individuo, scegliendo di entrare in un'associazione, non solo si vincola genericamente alle determinazioni del gruppo, giacché, come visto, nei regolamenti interni non esiste una tipizzazione degli illeciti (dato il rinvio a vaghe regole sociali), ma in più si vincola senza che gli venga in astratto assicurata alcuna garanzia procedurale, rafforzando

⁶⁰ Dinanzi agli organi disciplinari dell'associazione può instaurarsi anche un procedimento monitorio per ragioni di urgenza (regolato dagli artt. 36-38 del codice di comportamento).

⁶¹ Art. 33, comma 3, codice di comportamento Assoreti.

⁶² Cfr. art. 34 codice di comportamento Assoreti.

⁶³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 47, sottolinea che «nelle associazioni, è vero, si esprime un'esigenza di libertà dell'uomo nel perseguire i suoi fini ideali in una dimensione sociale che si è ormai perduta nel contesto della generale e indistinta comunità statale. Ma proprio per l'importanza che il gruppo può assumere per la personalità del soggetto, appare non meno trascurabile l'esigenza di una sua protezione giuridica all'interno dell'organizzazione».

il dubbio che quella posizione di autorità si traduca in un abuso⁶⁴.

3.2.1. *Gli organi giudicanti: mancanza di terzietà e imparzialità.* – La predisposizione di strumenti di garanzia procedurale, per cui le sanzioni disciplinari devono essere precedute da un procedimento contenzioso più o meno complesso (assente nei contesti associativi sopra descritti), non è comunque sufficiente a compensare le minori garanzie che permangono nella fase di irrogazione delle sanzioni, allorché il potere disciplinare venga esaminato sotto l'aspetto soggettivo di coloro che possono esercitarlo.

Infatti, nella maggior parte dei sistemi sanzionatori disciplinari, non trova riscontro l'altra garanzia tipica del diritto punitivo genericamente inteso, espressione ulteriore del principio del giusto processo: la riconduzione di fasi sanzionatorie a un corpo di giudici «terzo e imparziale»⁶⁵. Al contrario, i soggetti chiamati a valutare la illiceità della condotta e a irrogare la sanzione sono di solito gli esponenti della stessa organizzazione, nei quali pertanto si cumulano due funzioni come tali incompatibili: quella giustiziale con quella di parte lesa.

In gioco è, dunque, la peculiare composizione degli organi giudicanti, che rafforza la convinzione che lo strumento disciplinare è sbilanciato sulla protezione degli interessi di una determinata comunità organizzata (*id est* della parte attiva del rapporto disciplinare), anche a costo di sacrificare la posizione giuridica dei soggetti colpiti dal potere in termini di eguaglianza di trattamento.

Ancora una volta tornano utili le fattispecie esaminate in precedenza. Il rapporto di dipendenza tra giudicato e giudicanti è per esempio proprio dei procedimenti disciplinari interni alle professioni regolamentate: i c.d. consigli di disciplina territoriali sono organi rappresentativi dell'ordine professionale e quindi il loro potere viene esercitato nell'interesse di quest'ultimo. Stesso discorso vale per i procedimenti disciplinari a carico di professori e ricercatori universitari. Qui, la funzione disciplinare, non più svolta a livello decentrato dal Consiglio universitario nazionale (Cun), è riservata, infatti, agli organi dei singoli Atenei, e cioè: al c.d. collegio di disciplina «composto esclusivamente da professori

⁶⁴ Del resto, una delle caratteristiche proprie di un potere privato sta nella sua «attitudine a determinare la lesione della situazione costituzionalmente garantita attraverso un abuso, appunto, di codesta posizione dominante» (così G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 51).

Si interrogano sulle garanzie offerte dall'ordinamento all'individuo che voglia aderire a una formazione sociale, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 579 ss., e P. RESCIGNO, *Formazioni sociali e terzi*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, II, pp. 417 ss. Il riferimento a posizioni di supremazia o dominio nei rapporti interprivati rispetto ai quali devono reclamarsi forme di controllo e tutela è proprio di BIANCA, *Le autorità private*, cit., e ripreso tra altri da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 375.

⁶⁵ Per usare le espressioni dell'art. 111, comma 2, Cost. Stessa terminologia si ritrova nell'art. 6 della Cedu.

universitari [...] e da ricercatori a tempo indeterminato»⁶⁶; al rettore, cui spetta l'avvio del procedimento disciplinare; infine, al consiglio di amministrazione, che «senza la rappresentanza degli studenti, infligge la sanzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento, conformemente al parere vincolante espresso dal collegio di disciplina»⁶⁷. Anche in ambito universitario, quindi, il giudizio «dei pari»⁶⁸, cioè dei colleghi che compongono il collegio di disciplina, si traduce in un giudizio di parte, principalmente volto a proteggere gli interessi dell'istituzione universitaria.

Allargando poi lo sguardo oltre le ipotesi regolate dalla legge, il difetto di terzietà e imparzialità degli organi giudicanti accomuna la quasi generalità dei sistemi sanzionatori endoassociativi⁶⁹, espressioni dell'autonomia organizzativa dei gruppi sociali. Dai partiti ai movimenti politici, dalle associazioni professionali alle associazioni culturali, la materia disciplinare è rimessa alla competenza del gruppo, anche con specifico riferimento alla potestà di giudicare e infliggere le sanzioni. Segnatamente, alla competenza di organi variamente denominati (per es., Commissione di garanzia, Collegio dei probiviri, Consiglio direttivo e assemblea dei soci) e composti dagli stessi associati. In questi termini, appare chiaro che l'esercizio del potere sanzionatorio configura una tipica contrapposizione di interessi tra il titolare del potere (l'associazione) e il soggetto passivo (l'associato), in cui l'interesse personale del singolo viene subordinato *naturaliter* all'interesse della collettività⁷⁰.

3.3. *Il sindacato sul potere disciplinare.* – Nella composizione degli organi giudicanti si coglie, sul piano procedurale, il condizionamento derivante dalla concezione di disciplina e di regola disciplinare in precedenza analizzata. Da più parti si sottolinea, infatti, il collegamento esistente tra struttura interna dell'organo giudicante e tipo di norme che questo è chiamato ad applicare: laddove il giudizio disciplinare avviene sulla base di fattispecie che sono «tutte e sempre espressione di doveri etico-sociali, con riguardo alla morale e all'onore di [una istituzione] particolare»⁷¹, si considera naturale che tale giudizio venga

⁶⁶ Art. 10, comma 1, l. 240/2010, cit.

⁶⁷ Ivi, comma 4.

⁶⁸ L'espressione è di MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 167. Ma è un'espressione contenuta anche nell'art. 10, comma 1, l. 240/2010: «Il collegio opera secondo il principio del giudizio fra pari».

⁶⁹ Difficilmente la competenza disciplinare spetta a organi dell'associazione i cui componenti non siano gli stessi associati (*recte* alcuni soci, nominati o eletti). Ne è però un esempio il Giuri d'onore di Assoreti, che oltre a decidere in via definitiva sulle questioni rilevanti disciplinarmente, è un organo composto da soggetti estranei all'associazione: privati cittadini scelti dall'associazione «tra persone di assoluto valore professionale e di specchiata condotta morale» (art. 14 dello statuto).

⁷⁰ Non senza il rischio (sicuramente maggiore nei gruppi poco strutturati) di sanzioni adottate per astio, motivi di parte, rancore personale.

⁷¹ RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, cit., p. 1408.

demandato alla cognizione degli esponenti della medesima istituzione⁷².

Da qui si deve ripartire per andare alla ricerca di quello che rappresenta il terzo profilo di “privilegio di giustizia” del modello sanzionatorio disciplinare. Si tratta dell’aspetto riconducibile alla sindacabilità del potere e, di riflesso, alla tutela giustiziale e giurisdizionale del soggetto che ne subisce gli effetti. Anche con riferimento a esso, tornerà utile muovere da alcune fattispecie concrete, spostando l’attenzione sul fronte dei rimedi dei quali dispone il singolo avverso l’esercizio illegittimo o ingiusto del potere. Ancora una volta si trarranno conclusioni sul carattere chiuso di alcuni sistemi disciplinari, soprattutto se analizzati sul piano della tutela giurisdizionale.

3.3.1. *La tutela interna.* – Si muova dagli strumenti di giustizia interna congegnati da alcuni sistemi disciplinari. Si tratta di strumenti che si è soliti rintracciare nelle realtà associative di natura privata, ma anche pubblica. Basti pensare al regime di impugnazione degli atti sanzionatori nelle professioni regolamentate e nelle associazioni private, riconosciute e non.

In molti ordinamenti professionali è, infatti, noto che il singolo professionista contro un provvedimento disciplinare debba in prima istanza ricorrere davanti all’organo centrale dell’ordine di appartenenza. Questo organo svolge, pertanto, la funzione di organo di impugnazione di primo grado in materia disciplinare.

⁷² Cfr., per es. in dottrina, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 322; A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Cassazione*, in *Giustizia civile*, 1961, p. 618, per il quale la non ingerenza dello Stato dipende dalla convinzione che «il più geloso custode del prestigio della classe abbia a essere la classe stessa». Negli stessi termini, A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, pp. 172-173, per il quale «l’applicazione delle norme deontologiche è stata rimessa interamente agli organi esponenti della classe professionale, perché solo i soggetti che ad essa appartengono, che sono essi stessi professionisti, sono in grado di conoscere le regole che devono essere seguite nel compimento delle relative prestazioni. Ciascun professionista, solo perché appartiene alla classe conosce quelli che sono i suoi doveri, e soltanto lui; ed anche la valutazione del comportamento antiggiuridico del professionista è opportuno che resti affidata alla sensibilità di coloro che esercitano la stessa professione». Cfr. inoltre MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 112, secondo il quale la valutazione del comportamento dell’impiegato «è strettamente inerente al concreto atteggiarsi dell’attività amministrativa e quindi può essere compiuta solo dall’organo responsabile di detta attività».

In giurisprudenza, si veda con specifico riferimento alla riserva di potere sanzionatorio in capo agli ordini professionali, Cass., Sez. Un., 24 maggio 1975, n. 2104, in base all’assunto che questi sono «titolar[i] di poteri di autarchia e di autonomia, il cui esercizio realizza il principio dell’autogoverno della professione. E la manifestazione più elevata di questo è costituita» dall’elaborazione delle regole di deontologia professionale e «dalla concreta applicazione delle regole stesse, secondo le forme e le garanzie della procedura disciplinare [...] l’ordinamento riserva, quindi, alla categoria professionale ed agli organi che ne sono espressione [...] poteri di c.d. autocrinia in sede di applicazione delle regole»; nel medesimo ordine di idee, Cass., Sez. Un., 20 novembre 1982, n. 6249; Cass., Sez. Un., 9 luglio 1991, n. 7543; Cass., Sez. Un., 23 luglio 1993, n. 8239; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 1995, n. 12723; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 762.

È quanto prescritto, per esempio, nella legge professionale forense⁷³: il Consiglio nazionale forense, ente esponenziale della categoria professionale a livello nazionale, è chiamato a decidere sui ricorsi avverso le sanzioni disciplinari mediante un provvedimento cui si riconosce peraltro natura giurisdizionale⁷⁴. Ugualmente, il Consiglio nazionale degli ingegneri e architetti⁷⁵, il Consiglio nazionale dei geometri⁷⁶ e la Commissione centrale degli esercenti le professioni sanitarie⁷⁷: tutti organi di ordini professionali istituiti in epoca pre-repubblicana, «considerati organi giurisdizionali a tutti gli effetti»⁷⁸. Di là dal problema che si tratta di giurisdizioni speciali che non sono state sottoposte a revisione costituzionale⁷⁹, è chiaro che «la qualifica di organo giurisdizionale di per sé non costituisce una garanzia»⁸⁰ per i professionisti. Al contrario, la qualifica finisce per essere una aggravante della già discutibile composizione di questo giudice di prime cure. La circostanza che il riesame della sanzione disciplinare spetti a un organismo che è espressione degli stessi ordini professionali a livello locale può solo far dubitare che i vari Consigli nazionali costituiscano organi terzi e indipendenti.

Tali perplessità non si dissolvono neppure se «il gravame rivolto al Consiglio nazionale viene considerato di natura amministrativa», come nel caso delle professioni regolamentate dopo l'entrata in vigore della Costituzione: tra cui quella di giornalista⁸¹, di agronomo⁸², di biologo⁸³. L'obbligo di ricorrere in prima istanza ai rispettivi Consigli nazionali che decidono in via amministrativa non

⁷³ Ai sensi dell'art. 61, l. 247/2012 cit.

⁷⁴ L'art. 37, comma 2, l. 247/2012 cit. dispone infatti che «I provvedimenti del CNF su impugnazione di delibere dei consigli distrettuali di disciplina hanno natura di sentenza».

⁷⁵ In base all'art. 10 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537 (Regolamento per le professioni di architetto e ingegnere).

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 15 del r.d. 11 febbraio 1929, n. 274 (Regolamento per la professione di geometra).

⁷⁷ Secondo l'art. 5 del d.lgs.c.p.s. 233/1946 cit. (oggi art. 4 della l. 3/2018): «Contro i provvedimenti è ammesso ricorso alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie».

⁷⁸ Così, criticamente, MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 106.

Sulla natura di giudici speciali degli organi centrali di alcune professioni, si veda F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, X, p. 455.

In giurisprudenza, la natura giurisdizionale delle funzioni svolte dagli organi centrali degli ordini professionali citati nel testo è sostenuta da Corte cost., 7 ottobre 2016, n. 215; Corte cost., 9 luglio 2014, n. 193; Corte cost., 23 dicembre 1986, n. 284; Corte cost., 17 febbraio 1972, n. 27; Corte cost., 6 luglio 1970, n. 114; Corte cost., 11 marzo 1957, n. 41; nonché da Cass., Sez. Un., 3 maggio 2005, n. 9097; Cass., Sez. Un., 23 marzo 2005, n. 6213; Cass., Sez. Un., 26 maggio 2004, n. 10137; Cass., sez. III, 27 luglio 2001, n. 10284; Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7753.

⁷⁹ Così come invece prescritto dalla VI disposizione transitoria della Costituzione: ancora, sul punto, MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 106.

⁸⁰ MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 163, nota 4.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 20, lett. d), l. 69/1963 (Ordinamento della professione di giornalista).

⁸² Secondo l'art. 26, lett. h), l. 7 gennaio 1976 n. 3 (Nuovo ordinamento della professione di dottore agronomo e di dottore forestale).

⁸³ In base all'art. 22, l. 24 maggio 1967, n. 396 (Ordinamento della professione di biologo).

cambia la sostanza delle cose: il potere decisorio è rimesso, comunque, all'organo centrale dell'ente professionale, spostando su un piano spaziale differente (quello nazionale) i problemi di terzietà e imparzialità già rilevati in ordine alla composizione dell'organo giudicante in fase procedimentale.

Altrettanto discutibile appare la diffusa pratica delle associazioni che riserva al singolo prima di tutto una tutela interna al gruppo. Quale che sia l'origine della c.d. giustizia domestica⁸⁴, è abbastanza comune rintracciare disposizioni (di associazioni riconosciute e non) che prevedono che il soggetto colpito da sanzione disciplinare si appelli innanzitutto a un altro organo interno anziché direttamente all'autorità giudiziaria. Così, per esempio, nelle associazioni di categoria, diffuse nella realtà economico-finanziaria. Per tutte, si pensi ad Anasf, in precedenza menzionata: ai sensi dell'art. 14.7 del Regolamento di vigilanza e di autodisciplina la decisione disciplinare del Collegio dei probiviri (qui in funzione di organo giudicante di primo grado) deve essere appellata davanti al Giurì, quale giudice domestico⁸⁵. Ma anche nelle associazioni culturali e in generale in quelle a scopo ricreativo di solito si ritrova il medesimo regime di impugnazione: negli statuti e nei regolamenti è frequente l'uso di clausole che demandano il giudizio per il riesame dei provvedimenti disciplinari a un organo interno, prima di poter adire l'autorità giudiziaria⁸⁶.

Non vi è, dunque, il divieto di ricorrere alla tutela giurisdizionale dello Stato, bensì la subordinazione di essa al previo esperimento dei ricorsi interni, in una logica non diversa da quella vista con riferimento agli ordini professionali. Inoltre, se si considera l'ampio margine di apprezzamento delle condotte illecite, il gruppo – l'ente professionale o l'associazione – non solo ha il potere di giudicare le inadempienze commesse nei suoi stessi confronti, ma finisce per avere lo stesso potere decisorio a carico dell'associato e nel proprio interesse pure al momento del riesame della sanzione. Ne deriva che in fase di impugnazione del provvedimento disciplinare si ripropone quella contrapposizione di interessi tra il gruppo e il singolo, già riscontrata al momento dell'inflizione della sanzione. Anche al

⁸⁴ Tale pratica discende dalla mai sopita idea (avvalorata ancora da certa giurisprudenza) che ciò che avviene all'interno del gruppo sia questione dello stesso (o del solo) gruppo (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963). Deriva però anche dall'atteggiamento delle stesse associazioni, che, «[a]versate o ignorate per lungo tempo, [...] dopo aver conquistato il diritto all'esistenza e il riconoscimento della capacità in ordine alla gestione degli interessi comuni, si sono successivamente rinchiuso nel loro guscio»; e «gelose della loro autonomia, sembrano [...] rifiutare qualsiasi intervento da parte dello Stato nella loro sfera interna» (G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 55).

⁸⁵ Regolamento reperibile su anasf.it, data ultima consultazione 12.06.2023.

⁸⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, il regolamento interno dell'Associazione culturale di ricostruzione storica ed archeologia sperimentale "Civiltà romana", che alla sezione 3.04, lett. a), prescrive al socio l'obbligo di impugnare la contestazione disciplinare al Collegio dei probiviri «ai quali è demandato il compito di arbitraggio e di decisione irrevocabile e inappellabile (salvo il ricorso alla magistratura ordinaria)» (www.civiltaromana.it).

momento del riesame l'individuo rimane, cioè, «in posizione di formale alterità rispetto ad un atto di comando del quale egli è destinatario e soggetto passivo», con conseguente menomazione della propria autonomia nei confronti del gruppo⁸⁷.

3.3.2. *La tutela giurisdizionale.* – La convinzione che il regime sanzionatorio disciplinare di molti e significativi ambiti della società civile organizzata sia costruito in modo da risultare tutto proiettato al mantenimento dell'ordine interno, senza un'adeguata protezione della sfera soggettiva del destinatario della pena disciplinare, trova un'ultima conferma nelle forme e nelle modalità di intervento giurisdizionale.

Molteplici sono le mancanze che si riscontrano anche su questo fronte. Dietro tali mancanze vi sono sempre la concezione di disciplina e il carattere troppo generico degli enunciati che stabiliscono le regole di tipo disciplinare.

Il pensiero corre innanzitutto alla tutela giurisdizionale nelle professioni regolamentate (istituite prima dell'entrata in vigore della Costituzione). È noto che in alcune professioni l'accesso alla giustizia ordinaria coincide con l'accesso alla giurisdizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: le decisioni in materia disciplinare dei Consigli nazionali che continuano ad avere natura giurisdizionale possono essere impugnate soltanto attraverso il ricorso in Cassazione. È così per gli avvocati⁸⁸, per gli esercenti le professioni sanitarie⁸⁹, per gli ingegneri e architetti⁹⁰.

Ebbene, va detto che il sindacato della Corte di Cassazione in materia disciplinare risulta, alla luce del diritto vivente⁹¹, limitato soltanto al controllo sulla motivazione⁹². Non solo, ma tale controllo non è sulla “sufficienza” e “razionalità”

⁸⁷ Così BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 24.

⁸⁸ Ai sensi dell'art. 36, comma 6, della l. 247/2012 cit.

⁸⁹ In realtà, l'art. 19 del d.lg.c.p.s 233/1946, cit., dispone che «avverso le decisioni della Commissione centrale è ammesso ricorso alle Sezioni unite della Corte Suprema di cassazione, a norma dell'art. 362 del Codice di procedura civile», vale a dire solo per motivi attinenti alla giurisdizione. Attraverso un'interpretazione sistematica della suddetta norma ad oggi deve ammettersi ricorso alla Cassazione, sezioni semplici, anche per il vizio di violazione di legge *ex art. 111 Cost.*

⁹⁰ In base all'art. 17 del r.d. 2537/1925 cit.

⁹¹ L'orientamento della giurisprudenza è pressoché univoco. Tra altre v. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2017, n. 24966; Cass., Sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15203; Cass., Sez. Un., 1 agosto 2012, n. 13791; Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 11564; Cass., Sez. Un., 17 giugno 2010, n. 14617; Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2010, n. 20160; Cass., Sez. Un., 7 luglio 2009, n. 15852; Cass., Sez. Un., 28 settembre 2007, n. 20360; Cass., Sez. Un., 22 agosto 2007, n. 17827; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2004, n. 20024; Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2004, n. 1414; Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5038; Cass., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10014; Cass., Sez. Un., 26 aprile 2000 n. 289.

⁹² Nonostante cioè la riforma dell'art. 360 c.p.c. (con l. 7 agosto 2012, n. 134), che, come noto, ha eliminato ogni riferimento ai vizi logici della motivazione, introducendo piuttosto un vizio specifico relativo all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Tale ipotesi si riferisce alla violazione da parte del giudice di merito della regola metodologica riconducibile al canone di completezza nella considerazione delle varie circostanze

della motivazione, bensì semplicemente «sull'*esistenza* (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla *coerenza* (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà e dell'illogicità manifesta) della motivazione, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza», a prescindere cioè, si noti bene, dal confronto con le risultanze processuali⁹³.

La ragione di un sindacato così limitato è da ricondurre, oltre che alle incertezze in ordine alla natura delle regole di condotta dei codici di comportamento⁹⁴, al modo con il quale la Cassazione in materia disciplinare affronta il controllo sulle clausole generali. Sul presupposto infatti che, come più volte ricordato, le autentiche fonti sulle quali si fonda l'esercizio del potere disciplinare sono le clausole generali contenute nelle singole leggi professionali, non sembra aver trovato seguito l'orientamento che invece è andato consolidandosi in materia contrattuale e di lavoro, alla cui stregua sono direttamente sindacabili, sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.), anche le operazioni valutative compiute dal giudice di merito nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, quali quelli

risultanti dagli atti del processo. Due considerazioni inducono, tuttavia, a dubitare che siffatto controllo delle Sezioni Unite sull'esercizio del potere disciplinare possa rivelarsi praticamente utile. La prima è che la censura di cui al novellato art. 360 n. 5 configura in realtà un'ipotesi piuttosto inverosimile, soprattutto nel contesto di cui si fa questione, se è vero, per un verso, che la valutazione di tutte le circostanze di fatto costituisce il presupposto stesso dell'azione disciplinare e dunque del provvedimento sanzionatorio, confermato in sede di appello, e, per altro verso, che è in gioco l'ampio potere valutativo dell'organo disciplinare. La seconda è che il nuovo mezzo di impugnazione impone al professionista (*recte* al suo difensore) una perizia specifica, che rende l'accesso alla Corte senz'altro più difficile rispetto agli altri vizi di legittimità e che, alla luce del diritto vivente, non risulta ancora conquistata (la Corte ha rigettato i ricorsi contro le decisioni degli organi professionali di livello nazionale perché i motivi adottati in base al nuovo art. 360 n. 5 erano formulati in modo troppo generico: cfr. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2017, n. 24966, cit.; Cass., Sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15203, cit.; Cass., sez. II, 19 luglio 2016, n. 14764; Cass., Sez. Un., 10 luglio 2015, n. 14477).

⁹³ Così, Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053 (punto 14.6 della motivazione), *leading case* per la ridefinizione dei margini del sindacato di legittimità sulla motivazione. Puntualizza la Corte che «in proposito dovrà tenersi conto di quanto questa Corte ha già precisato in ordine alla “mancanza della motivazione”, con riferimento al requisito della sentenza di cui all'art. 132 c.p.c., n. 4: tale “mancanza” si configura quando la motivazione ‘manchi del tutto – nel senso che alla premessa dell'oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l'enunciazione della decisione senza alcuna argomentazione – ovvero [...] essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*’ (Cass., 18 settembre, 2009, n. 20112)» (punto 14.5.1. della motivazione).

⁹⁴ Tuttora prevalentemente considerate norme extragiuridiche e, dunque, insindacabili per violazione di legge.

contenuti nelle clausole generali o nelle c.d. norme elastiche⁹⁵, giacché ritenuto un giudizio di diritto e non di fatto⁹⁶.

L'ineffettività della tutela giurisdizionale si coglie anche nei contesti associativi, seppure per profili diversi da quelli appena visti. È infatti pacifico il riconoscimento della competenza del giudice ordinario a sindacare l'operato degli organi associativi, nella contemporanea indistinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito⁹⁷. La sindacabilità degli atti è, in altre parole, estesa anche al profilo sostanziale, investendo il «riesame dei fatti e delle circostanze, e [l]'interpretazione delle norme statutarie, spesso assai vaghe, attraverso la prassi dell'associazione»⁹⁸. Perciò anche quando «nessuna indicazione specifica sia contenuta [...] nell'atto costitutivo, o quando si sia in presenza di formule generali ed elastiche, destinate ad essere riempite di volta in volta di contenuto in relazione a ciascun singolo caso, o comunque in qualsiasi altra situazione nella quale [un provvedimento disciplinare] implichi un giudizio di gravità di singoli atti o comportamenti, da operarsi necessariamente *post factum*, il vaglio giurisdizionale si estende necessariamente anche a quest'ultimo aspetto»⁹⁹.

⁹⁵ Tra le altre, v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2012, n. 2572; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 13 maggio 2005, n. 10058; Cass., 14 ottobre 2003, n. 15371; Cass., 3 agosto 2001, n. 10750; Cass., 8 maggio 2000, n. 5822; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514. In tali pronunce, la Suprema Corte ha annullato le sentenze impugnate alla stregua del controllo di legittimità che le è proprio: sindacando cioè il giudizio di diritto sotteso all'applicazione delle clausole generali. Ha, per esempio, annullato le pronunce del giudice di merito sul presupposto della violazione o scorretta applicazione delle clausole di buona fede e correttezza sottese al rapporto di lavoro e, in generale, ai rapporti contrattuali.

⁹⁶ Sul punto si rinvia alla ricostruzione fatta da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, pp. 148-158.

⁹⁷ Cfr., sul punto, VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., pp. 66-67.

⁹⁸ Così ma in senso critico D. VINCENZI AMATO, *Associazione e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, p. 126. V., inoltre, sempre in dottrina, RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, cit., p. 141, il quale nel riportare il pensiero di U. Meyer-Cording, rileva che il tema del sindacato degli accordi interni fosse stato particolarmente sentito in Germania, allorché la giurisprudenza «si rese conto che anche l'esclusione da una associazione non economica può incidere su gli interessi vitali dell'associato, ed incidere in punti veramente nevralgici». Da sempre, sull'ammissibilità di tali apprezzamenti da parte del giudice statale, C. LESSONA, *I diritti dei soci nelle associazioni private*, in *Scritti minori*, I, S. Maria C. V., 1911, p. 119.

⁹⁹ App. Potenza, 26 febbraio 2010; ma già Cass., sez. I civ., 4 settembre 2004, n. 17907, secondo cui il vaglio giurisdizionale si deve estendere anche alla valutazione della gravità del comportamento e «si esprime attraverso una valutazione di proporzionalità tra le conseguenze del comportamento addebitato all'associato e l'entità della lesione da lui arrecata agli altrui interessi, da un lato, e la radicalità del provvedimento espulsivo, che definitivamente elide l'interesse del singolo a permanere nell'associazione, dall'altro». Nel medesimo filone interpretativo: Cass., sez. I civ., 9 settembre 2004, n. 18186; Cass., sez. I civ., 15 ottobre 2002, n. 14665; Cass., sez. I civ., 21 giugno 2000, n. 8435; Trib. Vicenza, 28 maggio 2012; Trib. Napoli, 16 luglio 2003; Trib. Roma, 10 novembre 2001, secondo cui «nel giudizio relativo all'opposizione a delibera di esclusione da un'associazione non riconosciuta il giudice deve riscontrare l'effettiva sussistenza delle cause di esclusione poste a fondamento della deliberazione, la loro inclusione tra quelle previste dalla legge o dall'atto costitutivo e, qualora la causa di esclusione non consista in fatti specifici, deve altresì apprezzare la rilevanza del fatto

Ora, tutto questo può senz'altro essere valutato positivamente, perché in astratto consente di controbilanciare l'assenza di un principio di tassatività delle fattispecie illecite con il controllo pieno del giudice ordinario «chiamato a tracciare il confine tra l'ambito di azione del gruppo e la sfera di libertà individuale»¹⁰⁰; e al tempo stesso, perché finisce per sconfessare la convinzione che il potere sanzionatorio spetti *naturaliter* al gruppo, in ragione della natura etico-sociale delle norme.

Quando però si misurano i limiti dell'efficacia della tutela giurisdizionale lo scenario si presenta diversamente e riemergono chiaramente i problemi di protezione del singolo all'interno del gruppo. Quel che preme in particolare osservare è che ove si ponga mente ai possibili effetti del sindacato giurisdizionale nel caso concreto, il riconoscimento in capo al singolo della facoltà di adire l'autorità giurisdizionale a tutela del proprio interesse «assume il valore di una mera petizione di principio»¹⁰¹. Rispetto ai benefici di natura meramente ideale che il socio trae dall'associazione e che si realizzano attraverso la partecipazione alla vita del gruppo (*i.e.* all'attività politica nei partiti, alle manifestazioni artistiche nelle associazioni culturali, ai tornei nei club sportivi), la tutela giudiziaria è, infatti, inidonea ad assolvere alla sua funzione di ripristinare lo *status quo ante*.

Basti pensare agli effetti delle sentenze che annullano le sanzioni quali la censura, la sospensione o l'esclusione. In questi casi, il provvedimento del giudice difficilmente porterà alla reintegrazione piena dell'interesse leso; addirittura non assicurerà la ricostituzione il vincolo associativo¹⁰², poiché «in seno all'associazione la sanzione non perderà generalmente la sua efficacia, e di fronte all'atteggiamento negativo degli organi del gruppo i quali persistano nel mantenerla ferma, l'associato è praticamente inerme»¹⁰³.

addebitato in riferimento alla gravità dell'inadempimento degli obblighi associativi ed all'interesse dell'associazione, ossia che il fatto stesso sia grave e di non scarsa importanza, senza mai sconfinare nel sindacato di merito».

¹⁰⁰ Così U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tubinga, 1957, p. 106.

¹⁰¹ VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., p. 77.

¹⁰² Anche l'ipotesi di una tutela per equivalente produrrà effetti molto limitati, sia come strumento di coercizione della volontà degli organi sociali, sia come strumento di reintegrazione degli interessi del socio, ogni volta che gli interessi patrimoniali abbiano una rilevanza irrisoria rispetto a quelli non patrimoniali nella dinamica dei rapporti interni.

¹⁰³ Ancora VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., p. 77, la quale prosegue affermando che di fronte «all'ostracismo del gruppo è praticamente impossibile per il socio una effettiva reintegrazione della sua posizione, in seno all'associazione», p. 81. Anche BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 50, riscontra questo effetto sociale nel ricorso alla giustizia statale, che «costituirebbe un "tradimento" del gruppo e condurrebbe comunque all'emarginazione dell'associato che non è stato alle regole».

Sull'inefficacia della tutela giurisdizionale nelle associazioni si veda inoltre, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Scission d'une confédération syndicale*, in *Dalloz Sirey*, 1968, p. 603: «*Les tribunaux de droit commun ne sont pas faits pour trancher de pareils conflits*».

In definitiva, l'inefficacia della tutela giurisdizionale (particolarmente visibile nei contesti associativi, data la natura squisitamente ideale degli interessi coinvolti, ma invero accomunabile a tutte le ipotesi in cui al controllo del giudice dello Stato segua l'annullamento dei provvedimenti disciplinari) accentua l'assenza di una adeguata regolamentazione interna del potere in relazione alla formulazione delle condotte illecite, che dovrebbe costituire la prima protezione giuridica del singolo all'interno dell'organizzazione¹⁰⁴.

4. *Conclusioni.* – I profili di privilegio variamente riscontrati nelle fattispecie in rassegna altro non sono che il riflesso dell'idea secondo cui il potere disciplinare si propone «non già di rendere una rigorosa giustizia»¹⁰⁵, ma di garantire il corretto funzionamento di un'organizzazione, siccome elemento centrale e sovraordinato rispetto agli individui che la compongono.

Dalla concezione di disciplina e di regola disciplinare, alla natura e qualificazione dell'autorità competente a irrogare la sanzione, fino agli strumenti di tutela giustiziale e giurisdizionale, l'esercizio del potere appare fortemente sbilanciato a favore degli interessi (pubblici oppure privati) della comunità nella quale esso si esplica¹⁰⁶.

Ne deriva un sacrificio della posizione di libertà dell'individuo che si rivela inconciliabile con i principi dello Stato costituzionale di diritto, a cominciare dal principio personalista e da quello di legalità¹⁰⁷.

Per giunta, tale sacrificio è assecondato dal diritto positivo e dal diritto vivente. Il legislatore, per un verso, e la giurisprudenza, per altro verso, si limitano a riconoscere e, quindi, a legittimare passivamente sistemi sanzionatori disciplinari non coerenti con la natura punitiva del potere.

Non può, allora, non leggersi nel fenomeno disciplinare un momento di forte criticità della conflittualità insita nei rapporti tra libertà individuale, istituzioni pubbliche e gruppi privati, ancora lontano dall'essere risolto.

¹⁰⁴ BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ Secondo la definizione di ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 256.

¹⁰⁶ Rispetto al fenomeno disciplinare sembra verificarsi quella «inversione logica» del precetto posto dall'art. 2 Cost., «dove le formazioni sociali, da sede di svolgimento della personalità individuale vengono elevate a soggetti autonomi di tutela, e quindi a titolari di interessi diversi e superiori a quelli dei singoli» (A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infelice idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in Aa.Vv., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, p. 49).

¹⁰⁷ Inteso soprattutto nel suo significato di tassatività e determinatezza delle infrazioni disciplinari (non anche in quello di riserva assoluta di legge), ma è anche interpretato alla luce delle garanzie riconosciute dall'art. 2 Cost.

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE: FONTE DELLA CITTADINANZA O SFERA PRECLUSA?

ALESSANDRA PESCAROLO*

I principi fondamentali della Costituzione affermano chiaramente il legame tra lavoro e cittadinanza, legame che, d'altra parte, cessa di esistere nella definizione della partecipazione delle donne al lavoro, all'art. 37. Questo contributo pone tale asimmetria nel contesto di una comparazione dettagliata tra le posizioni espresse in Costituente dai rappresentanti - donne e uomini - di Democrazia cristiana e partiti della sinistra. Se il riferimento alle Costituzioni socialiste del ventesimo secolo ha un impatto rilevante sulla definizione generale dei diritti dei lavoratori, esso è ignorato quando si tratta di rendere effettivo il diritto delle donne al lavoro. Solo il Partito socialista lottò, guidato in questa scelta da Lina Merlin, per cancellare dall'art. 37 la menzione dell'"essenziale funzione familiare".

The fundamental principles of the Italian Constitution clearly affirm the link between work and citizenship, a link which, on the other hand, ceases to exist when the terms of women's participation in work are defined in Article 37. This article places this asymmetry in the context of an in-depth comparison between the positions expressed in the Constituent Assembly by the representatives - women and men - of the Christian Democrats and the parties of the left. While the reference to the twentieth-century socialist Constitutions has an important weight in the general definition of workers' rights, it fails when it comes to making women's right to work effective. Only the Socialist Party, led in this battle by Lina Merlin, fought to delete from Article 37 the reference to the "essential family role".

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Una Carta fondata sul lavoro: fra emancipazione di classe e diritti della persona. - 3. La tormentata nascita dell'articolo 37: le proposte iniziali. - 4. Le voci degli uomini. - 5. Una divisione fra le "madri costituenti". - 6. Fedeltà di partito e distinzioni a sinistra: la diversità socialista. - 7. Discriminazione e uguaglianza in altre parti del testo. - 8. Dalla Costituzione agli anni Sessanta. - 9. L'età d'oro della donna di casa: successi e frustrazioni. - 10. Dai movimenti al nuovo diritto di famiglia. - 11. Gli stereotipi di genere: mutamenti e persistenze.

* Componente della Società italiana delle storiche, già Dirigente di ricerca presso l'Istituto regionale per la programmazione economica della Toscana

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2023. A. Pescarolo. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI: <https://doi.org/10.36253/lng-xxxx>

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

1. *Introduzione.* - La ricostruzione del dibattito sugli articoli più controversi della Costituzione, in tema di parità di genere, è stata proposta in passato da alcuni studi¹. Il rischio, per chi imbecca tardivamente quest'itinerario, è quello di dare valore al proprio scritto, invece che per l'utilità di una nuova rilettura, come momento di celebrazione di un passaggio fondante della nostra storia, la cui ritualità si alimenta di reiterazioni. Anche per chi ne critichi alcuni aspetti la Costituzione è un monumento storico, un mito fondante della nostra democrazia; per molti è l'oggetto di culto di una forma di religione civile. Salendo sulle spalle di questo «gigante buono» possiamo illuderci di trarne luce, a prescindere dall'interesse scientifico della nostra analisi. Spero di evitare di avviarmi, nelle pagine che seguono, lungo tali derive, e di proporre alcuni spunti innovativi². La questione che cercherò di articolare in questo contributo ruota intorno all'influenza sui Padri e le Madri Costituenti, e quindi sulla nostra Carta, delle Costituzioni europee novecentesche, nate fra le due guerre mondiali. Non solo quella riformatrice di Weimar, citata più frequentemente dagli interpreti come un punto di riferimento delle posizioni di Giorgio La Pira³, ma anche quelle socialiste in senso stretto, saldo appiglio per Palmiro Togliatti, ma lette dallo stesso La Pira con rispetto e interesse. Sia la centralità del lavoro nel fondare i diritti politici, sia quella dell'uguaglianza e dei diritti sociali furono introdotte con un chiaro richiamo a quei testi.

Su questo sfondo assume un maggior spessore il diverso trattamento dedicato alla disegualianza di genere rispetto alle altre. Qui le diverse posizioni, e anche quella di Togliatti, si distaccano dalle Carte socialiste, nelle quali il lavoro, considerato un dovere prima che un diritto, è tale anche per le donne. Risalta in questo quadro l'enfasi dell'Art. 37 su una differenza di genere radicata nella natura e nell'«essenza» femminile, che non può essere fluidificata con interventi adeguati. Quest'osservazione non è la proiezione di un pensiero attualizzante, ma la rilevazione di un aspetto che anche nel suo contesto storico non fu affatto ovvio. La proposta dei cattolici, accolta dai comunisti e dalle comuniste dopo caute espressioni di dissenso, senza una spiegazione articolata della propria posizione, fu invece contrastata dal gruppo socialista.

¹ M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna 1979; A. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità. I diritti civili e politici delle donne dall'Unità a oggi*, Pisa 1996; *Una democrazia incompiuta. Donne e politica in Italia dall'Ottocento ai nostri giorni*, a cura di N.M. Filippini e A. Scattigno, Milano, 2007. Ivi, in particolare, M.V. GAIOTTI DE BIASE, *Donne e politica nella Repubblica, dal Dopoguerra agli anni '60*, pp. 91-30 e E. PALICI DI SUNI, *Fra parità e differenza. Una legislazione incerta e ambigua*, pp. 271-279.

² Sono poche, in realtà, le ricostruzioni che restituiscono adeguatamente al dibattito il suo contesto storico. Ma vedi M. SALVATI, *Costituzione Italiana. Art. 4*, Bari, 2017, nella serie *Costituzione italiana: i Principi fondamentali*, di cui è stata curatrice con P. COSTA, e *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. 70 anni dell'Assemblea Costituente e della Costituzione*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano, 2018.

³ Sul punto v. M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana, Art. 2*, Roma, 2017, nella collana sui Principi fondamentali diretta da P. Costa e M. Salvati.

Nei primi paragrafi di questo saggio ricostruirò brevemente il percorso che, nel dibattito dell'Assemblea Costituente e delle Sottocommissioni della Commissione dei 75, definisce le fonti della cittadinanza politica repubblicana. La duplicità di tali radici, fra diritti inviolabili della persona (dell'uomo nel testo costituzionale) e diritti dei lavoratori, trova nei principi fondamentali un fecondo equilibrio. Il nucleo più originale della Carta non è infatti, di per sé, il radicamento dei diritti nel lavoro, già presente nelle Costituzioni socialiste, ma la mediazione fra un'astratta visione delle masse lavoratrici e una considerazione più umana dei diritti della persona. Nel passaggio agli articoli dedicati alla famiglia e al lavoro, con particolare riferimento agli articoli 29 e 37, questo equilibrio, tuttavia, si incrina, sacrificando la figura della cittadina/lavoratrice.

Nella seconda parte guarderò alle vicende giuridiche e sociali successive al 1948, evidenziando l'influenza sulla vita femminile dei discorsi e delle pratiche della domesticità. Negli anni Settanta emergerà il ruolo dei movimenti femministi nel promuovere una profonda rottura: in quel frangente il diritto di famiglia, che aveva ostacolato fino allora il cammino verso una democrazia più paritaria, cambiò radicalmente, divenendo centrale nel dargli una nuova legittimità. Seguirà infine qualche cenno agli attuali orientamenti degli italiani sul rapporto fra genere, famiglia e lavoro, dedicato a misurarne il legame col passato.

2. *Una Carta fondata sul lavoro: fra emancipazione di classe e diritti della persona.* - Il testo costituzionale è attraversato da una straordinaria tensione verso la costruzione di una società inclusiva, democratica, che fa proprio un principio di uguaglianza non formale, ma sostanziale. Questo principio si fa strada attraverso una mediazione fra la cultura cattolica e quella della sinistra, più convergenti, in questa fase, di quanto lo siano state in seguito, ma segnate da differenze che restano visibili fra le righe dei Principi fondamentali. Le oscillazioni sui caratteri fondanti della cittadinanza, espressione di una lunga e raffinata mediazione fra posizioni diverse, si bilanciano nel testo, che propone un difficile equilibrio fra queste due radici: da un lato essa è fondata sul lavoro, dall'altro sui diritti inviolabili della persona, sia che questa partecipi al lavoro sia che non lo faccia⁴. Di fronte al tema di un'effettiva parità di genere questa promessa di equilibrio tuttavia si spezza, creando una dissonanza. La passione egualitaria cede il passo a un'obbligatoria differenza, che impone alle donne la «funzione» familiare, senza offrire loro quel sostegno sociale che è promesso ai lavoratori. Questa asimmetria costituisce a mio avviso la principale ferita nel corpo di una impostazione aperta e innovativa.

⁴ Quest'aspetto è meno evidente nell'articolo 2 che nel successivo, come mostra l'astratta formulazione di sapore settecentesco «diritti inviolabili dell'uomo».

Vorrei dunque, anzitutto, ricollocare le indicazioni della nostra Carta sul ruolo sociale, familiare e professionale delle donne in una cornice più ampia, che mostri la tensione fra i diritti del lavoratore e i diritti della persona che pervade i primi 4 articoli- L'articolo 1 recita nella sua prima frase: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»⁵.

Il riferimento al lavoro, come garanzia di una costruzione dello Stato che superasse ingiustizie e privilegi, fu largamente condiviso dalla sinistra cattolica, con Moro e La Pira, influenti docenti di diritto della Democrazia cristiana. Ma la sua formulazione fu discussa a lungo. Giorgio La Pira propose all'inizio dei lavori una frase più neutra ma più aperta: «Il lavoro è il fondamento di tutta la struttura sociale, e la sua partecipazione, adeguata negli organismi economici, sociali e politici, è condizione del nuovo carattere democratico»⁶. Palmiro Togliatti, leader del rinato partito comunista, propose invece la formulazione «L'Italia è una repubblica democratica di lavoratori», sostenendo che per garantirne il carattere inclusivo era sufficiente l'aggiunta «del braccio e della mente». Meuccio Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, esponente di Democrazia del lavoro, sottolineò più tardi, per ridimensionare la proposta, che questa era mutuata da Carte nate in contesti politici diversi da quello italiano: la Costituzione sovietica del 1936 e quella Jugoslava del 1946. In effetti l'enunciato di Togliatti aveva importanti precedenti nelle Costituzioni socialiste, da quella spagnola del 1931 e quella dell'Unione sovietica del 1936. Ambedue le carte si esprimevano nel loro primo articolo a favore di uno Stato composto di lavoratori. Il testo sovietico del 1936 parlava di uno Stato socialista di operai e contadini⁷. Il primo articolo della Carta socialista spagnola suonava invece come quello proposto da Togliatti: «*España es una República democrática de trabajadores*», anche se si concludeva con la formula «*de toda clase*», più inclusiva verso le professioni borghesi di quella togliattiana sui lavoratori del braccio e della mente⁸. La Carta jugoslava, più

⁵ Qui e successivamente il riferimento è a *Costituzione della Repubblica Italiana. Copia anastatica dell'originale conservato presso l'Archivio storico della Camera dei deputati*, Camera dei deputati, Roma, 2009, Archivio.camera.it, https://archivio.camera.it/resources/pu01/allegati/Constituzione_copia_anastatica.pdf, sito consultato il 12 giugno 2020.

⁶ La proposta di G. LA PIRA sta è consultabile al link <https://lacittaideale2018.wordpress.com/sovranita/il-lavoro-e-il-fondamento-di-tutta-la-struttura-sociale/>, visitato il 10.6.2023.

⁷ *Costituzione (legge fondamentale) dell'Unione delle repubbliche socialiste sovietiche, approvata dall'VIII Congresso (straordinario) dei Soviet dell'URSS il 5 dicembre 1936*, Capitolo I. *Ordinamento sociale*: L'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche è uno Stato socialista di operai e di contadini, Dircost.unito.it, http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/19361205_urssCostituzione_ita.pdf. Sito consultato il 12 giugno 2020.

⁸ Art. 1 : «*España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo*»; Art. 46 : «*El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna*», *Constitución de la República Española, 9 diciembre 1931*, Dircost.unito.it, <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/spagna1931.htm>. Sito consultato il 12 giugno 2020.

concretamente, poneva nel corpo del testo un articolo sul dovere del lavoro, requisito dell'appartenenza alla comunità nazionale⁹.

La proposta di Togliatti, come molti altri contributi del *leader* comunista, cercava di introdurre in un quadro istituzionale di tipo parlamentare principi e linee di azione ispirati all'esperienza comunista¹⁰. Principi e linee che davano più poteri allo Stato e ai lavoratori, intesi astrattamente come masse organizzate, e guardavano con minor interesse alla «persona in carne e ossa»¹¹, protagonista nel pensiero di La Pira e del suo maestro Giuseppe Dossetti. Le indicazioni di Togliatti caddero in buona parte nel corso dei lavori: dall'idea che lo Stato, per garantire il diritto al lavoro, coordinasse e dirigesse l'attività produttiva «secondo un piano che desse il massimo rendimento per la collettività»¹², alla proposta della nazionalizzazione delle branche industriali di carattere monopolistico e «plutocratico» o di quelle che producevano servizi pubblici. Il diritto dei lavoratori a partecipare alla gestione delle aziende fu proiettato nel quadro di una collaborazione con i datori di lavoro, ben diversa dalla proposta di Togliatti di organizzare Consigli di lavoratori che controllassero la produzione. Togliatti rinunciò a questi punti, ma difese con forza, fino alla discussione conclusiva in Aula, il principio di fondo che avrebbe potuto sostenere nel futuro queste azioni, quello di una «Repubblica democratica di lavoratori». Pur avendo affermato che la sua idea del lavoratore non escludeva alcun gruppo sociale fu, alla fine, molto chiaro nell'invitare i colleghi della Democrazia cristiana a rappresentare le «masse lavoratrici», che vivevano soltanto del loro lavoro:

«Ma noi ci sentiamo qui, noi comunisti, voi socialisti e anche voi, colleghi della Democrazia cristiana, noi tutti dobbiamo sentirci qui anche gli esponenti di qualche altra cosa: gli esponenti di quelle masse lavoratrici di operai, di braccianti, di contadini, di impiegati, di uomini del popolo, di uomini che vivono soltanto del proprio lavoro, e che da decenni sono attive nella lotta per la loro emancipazione¹³».

L'enunciato di Togliatti fu riscritto in forma più inclusiva da Amintore Fanfani, storico economico democristiano, che conservava nel suo patrimonio

⁹ Abbiamo utilizzato il testo inglese, non avendo rintracciato nella rete una traduzione italiana: «*It is the duty of every citizen to work according to his abilities; he who does not contribute to the community cannot receive from it*», *Constitution of the Federative People's Republic of Yugoslavia*, Official Gazette of the Federative People's Republic of Yugoslavia, Belgrade, 1946, Worldstatesment.org, https://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia_1946.txt. Sito consultato il 12 giugno 2020.

¹⁰ U. DE SIERVO, *Scelte e confronti costituzionali nel periodo costituente. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, in *Jus*, 1979, pp. 125-203.

¹¹ I. STOLZI, *La parità ineguale e il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *Studi Storici*, 2, 2019, pp. 253-287.

¹² P. TOGLIATTI, *Discorsi alla Costituente*, Roma, 1973, p. 37.

¹³ Così Togliatti nell'intervento dell'11 marzo 1947, nella discussione generale sul progetto di Costituzione, Assemblea Costituente, Appendici generali, Discussione generale, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/03/index.htm?008.htm&2>. Sito consultato il 12 giugno 2020.

culturale un interesse per il corporativismo lavorista del periodo fascista¹⁴. In cambio dell'accettazione dell'espressione «fondata sul lavoro», egli condivise con il leader comunista la necessità di riportare la frase al primo articolo e al primo comma del testo, legando indissolubilmente la cittadinanza al lavoro, e proiettando sull'intera Carta quest'impronta primaria¹⁵. La Repubblica italiana fondava la sua identità morale e politica sul lavoro, tematizzato tuttavia come un diritto fra i diritti più che come un dovere; vi era così una mitigata continuità con le costituzioni socialiste novecentesche; anche più della seconda parte dell'articolo 1, che sanciva la sovranità del popolo, fu l'articolo 2 a esprimere una concezione più ampia e universale: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale¹⁶».

La Pira, proponente di questa formula, rappresentò nelle prime righe un'immagine dei diritti dell'uomo, astratto rappresentante anche del sesso femminile, tipica del giusnaturalismo liberale, incarnatosi nelle Costituzioni del secondo settecento. Si pensi alla sua espressione più alta e radicale, figlia della Rivoluzione francese del 1789, introdotta nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* di quell'anno. Ma essa si calava nella storia e nella vita concreta con l'accento allo svolgersi della personalità, e ancor più con la svolta concettuale della frase successiva, che invece di legittimare, come il testo del 1789, le distinzioni sociali, qualora riflettessero il contributo delle varie classi a un'utilità comune – orgogliosa richiesta della borghesia delle professioni e dei commerci – subordinava i diritti all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale¹⁷. L'attenzione di La Pira al tema dei diritti sociali era testimoniata da tutti i suoi interventi nel dibattito costituzionale, e in particolare dalla sua relazione introduttiva sui diritti civili nella Prima Sottocommissione.

In quel frangente il giurista fiorentino sostenne che il popolo italiano, uscito dall'oppressione fascista, intendeva creare «un ordine sociale e politico conforme all'alta dignità della persona e alla fraterna solidarietà umana», riprendendo il posto che gli spettava sia nel seno della civiltà cristiana, «dievito ed essenza della sua storia e della sua cultura», sia in quello «della comunità dei popoli amanti della libertà, del lavoro, della giustizia e della pace. Sulla base di questo doppio riferimento al pensiero sociale cattolico e laico, La Pira allargava il suo sguardo

¹⁴B. SETTIS, *Dalle origini del capitalismo all'ordinamento corporativo. Appunti sul pensiero economico e la formazione politica di Amintore Fanfani*, in *Genealogie e geografie dell'anti-democrazia nella crisi europea degli anni Trenta Fascismi, corporativismi, laburismi*, a cura di L. Cerasi, Venezia, 2019, pp. 75-86.

¹⁵ N. URBINATI, *Costituzione Italiana, Art. 1*, Roma, 2017, p. 70.

¹⁶ *Costituzione della Repubblica Italiana*, cit. Per una riflessione più approfondita sul concetto di solidarietà in quest'articolo in FIORAVANTI, *Costituzione. Art. 2*, Roma, 2017.

¹⁷ La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, approvata il 26 agosto del 1789, affermava nel suo primo articolo: «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune». P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, 1994.

all'Europa, prendendo in considerazione, al di là del loro tasso di liberalismo, tutte le carte costituzionali che, dopo la prima guerra mondiale, avevano potenziato i diritti sociali. Quindi, di nuovo, la Costituzione socialdemocratica di Weimar del 1919, quella sovietica del 1936 e la Carta jugoslava del 1946¹⁸. Questi testi novecenteschi, insieme alla prima Carta sovietica del 1918 erano usciti dal fuoco delle guerre e delle rivoluzioni sociali: come ha scritto Paolo Grossi, esse avevano una portata rivoluzionaria anche sul terreno giuridico¹⁹. Ma anche la Costituzione spagnola (non quella socialista del 1931, bensì quella franchista del 1945), nonostante la sua vocazione autoritaria, fu citata da La Pira nel novero delle carte innovative in tema di diritti sociali:

«senza la tutela dei diritti sociali – diritto al lavoro, al riposo, all'assistenza, ecc. – la libertà e l'indipendenza della persona non sono effettivamente garantite. Da qui la necessità di integrare il sistema dei diritti della persona, introducendo in esso quel gruppo di diritti sociali che ormai appaiono, anche se diversamente configurati, in tutte le Costituzioni recenti (da quella di Weimar a quella sovietica del 1936, a quella spagnuola, irlandese, jugoslava, sino al recentissimo progetto di costituzione francese) [...]. L'introduzione di questi diritti sociali nel sistema dei diritti essenziali della persona importa dei mutamenti strutturali dell'ordinamento giuridico, economico e politico derivato dai principî incompleti del 1789: soltanto questi mutamenti sociali – che sono richiesti da una concezione sostanzialmente democratica dello Stato – permetteranno l'attuazione di tali diritti e renderanno così effettiva l'autonomia e l'indipendenza anche politica della persona»²⁰.

Togliatti e gli esponenti cattolici, pur con declinazioni diverse²¹, poterono convergere, dunque, su molti temi, ponendo il lavoro come antidoto a una società fondata sulla proprietà e il privilegio, e tutelando i nuovi diritti: un salario adeguato, il riposo, l'assistenza, la centralità dei sindacati nella vita collettiva. Protagonista delle mediazioni era quasi sempre il democristiano Aldo Moro, professore di diritto penale, nella cui concezione dei sistemi politici lo Stato esercitava ampie funzioni²². Ma anche i dossettiani, con La Pira in primo piano, ispirato dal “personalismo” del filosofo cattolico francese Emmanuel Mounier, erano distanti da una visione meramente liberale dello Stato, che era per loro

¹⁸ P. COSTA, *La costituzione di Weimar nel dibattito costituente italiano (1946-47): il tema dei diritti*, in *Il pensiero politico*, LII, 2019, 2, pp. 273-289.

¹⁹ P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione, La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo dell'interpretazione*, in *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, pp. 303-312.

²⁰ G. LA PIRA, *Sui principî relativi ai Rapporti civili. Introduzione*, in *Relazioni e proposte* presentate nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, p. 15, http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/I_Sottocommissione/03nc.pdf, p. 15

²¹ GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, [Cortecostituzionale.it](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Sapienza.pdf), https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Sapienza.pdf, sito consultato il 14 giugno 2020.

²² M. SALVATI, *Moro e la nascita della democrazia repubblicana*, in *Una vita, un paese. Aldo Moro e l'Italia del Novecento*, a cura di R. Moro e D. Mezzana, Catanzaro, 2014, pp. 33-55.

un'istanza al servizio della realizzazione della persona, sia nel lavoro che negli altri ambiti di vita²³. E in effetti una lettura attenta, priva di pregiudizi ideologici, di tutte le Carte novecentesche, raccolte e messe agli atti dal parlamentare e costituzionalista Costantino Mortati, fu condivisa dall'intero schieramento antifascista, che vi trovò precisi punti d'appoggio. Studioso egli stesso di Mounier, Mortati orientò il dibattito con una relazione di taglio comparativo sui diversi testi. Il drappello più attivo dei cattolici, dunque, pur essendo pluralista e rifiutando il classismo del socialismo sovietico, era ben consapevole della sua portata politica e delle sue ragioni sociali. Con una maggior chiusura rispetto alle parole di La Pira, Mortati criticava, tuttavia, gli assetti disarmonici e i risultati conflittuali dell'esperienza socialdemocratica di Weimar: il suo pensiero, venato di influenze corporative, prefigurava una superiore, solidale ricomposizione degli interessi particolari nello Stato, orientata dall'azione conciliatrice di organizzazioni intermedie come i sindacati, la Chiesa, i partiti²⁴.

Forse più nettamente degli altri giuristi cattolici, egli poneva in modo stretto il nesso fra cittadinanza e lavoro, reso cogente dall'identificazione di quest'ultimo con un dovere inderogabile, requisito ineludibile per l'inclusione nella cittadinanza. Distaccandosi dalla promozione di assetti assistenziali rivolti a tutti, come quelli costruiti in Inghilterra nell'immediato dopoguerra, considerava l'assistenza «come un'integrazione del diritto al lavoro e non come un corollario del diritto alla vita»²⁵. La partecipazione politica era dunque negata a coloro che non lavoravano (eccettuato il caso degli inabili al lavoro). È interessante osservare che questo ineludibile binomio condusse il giuslavorista cattolico ad accennare, se pure in un passaggio breve e isolato, una posizione originale, non lontana da quella assunta dai costituenti sovietici nel 1936, a proposito del lavoro delle donne: Mortati affermò infatti, in un saggio del 1954, che lo Stato doveva «provvedere direttamente alla creazione e al mantenimento di istituzioni idonee a rendere possibile alla donna lavoratrice l'assolvimento dei suoi compiti materni non

²³ M. SALVATI, *Costituzione italiana. Art. 4*, Bari, 2017, pp. 52-53; EAD., *Weimar*, in *Europa*, III, Treccani, Roma, 2019; G. D'AMICO, *Stato e persona: autonomia individuale e comunità politica*, in *Immaginare la Repubblica*, a cura di Cortese, Caruso e Rossi, pp. 97-124. La Pira nella relazione introduttiva sui diritti civili affermò che, come risultava dagli articoli di altre Costituzioni allegati a quelli del nuovo testo italiano, questi ultimi erano stati redatti con precisi riferimenti a quelli delle Costituzioni più affini. Tutto questo riguardava in particolare, oltre che le Carte più antiche e le Costituzioni postbelliche francesi citate nei primi punti: «[...] d) la Costituzione di Weimar; e) ed infine tutte le Costituzioni più importanti del dopoguerra (spagnola, turca, estone, polacca, irlandese, ecc.); f) particolare attenzione ha avuto la Costituzione sovietica (e la jugoslava che ne dipende)».

²⁴ Anche se la visione del lavoro come premessa dei diritti politici lo avvicinava alla sinistra, Mortati era critico verso una lettura classista della società. C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione (Il diario del lavoro, 1954)*, in Id. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di scritti, III, Milano, 1972. G. CAZZETTA, *Il lavoro nella costituzione: pluralismo sociale e unità dell'ordinamento in Costantino Mortati*, in *Quaderni fiorentini*, 51, 2022, p. 237-269.

²⁵ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, 2009, pp. 20-83, p. 31.

surrogabili»²⁶. Una preoccupazione, questa, che come vedremo ebbe ben poco spazio nel percorso costituente.

In questo contesto storico perde a mio avviso consistenza la frequente affermazione che il riferimento al lavoro della nostra Carta segnò una svolta del tutto originale nel Costituzionalismo. Una tale affermazione sottintende un confronto limitato alle Costituzioni liberali sette-ottocentesche, e mette in secondo piano l'ampia trama di riferimenti giuridici a cui guardavano i Costituenti. La rimozione del contributo delle Costituzioni socialiste europee, sottostante all'assunto di un'originalità della nostra Carta giocata sul protagonismo del lavoro, è nello sguardo di chi legge oggi la Costituzione, non in quello dei Costituenti. Forse le generazioni politiche successive, figlie della guerra fredda e testimoni del crollo del socialismo, sottovalutano questo lato della storia²⁷. È dunque necessario storicizzare nuovamente il dibattito costituzionale, reinserendone il racconto nella trama culturale di quegli anni, in cui l'Europa socialista, alleata nella guerra antifascista, era un importante riferimento per la valorizzazione politica del lavoro e dei diritti sociali. L'Italia, in ogni caso, non fu l'unico paese europeo ad avere una costituzione avanzata su questi temi. L'attenzione dei Costituenti alle Carte socialiste ci dice qualcosa di significativo sulla storia dei diritti sociali, con i loro antecedenti nel modello socialista. Pur denso di contraddizioni e tragedie nei confini sovietici, tale esempio diede al mondo occidentale una fondamentale spinta a mitigare l'ortodossia liberale.

La mediazione fra le culture antifasciste fu feconda nel rendere più umana e spirituale la figura storicisticamente astratta del lavoratore togliattiano. La chiave più originale della Costituzione italiana è forse in questa mediazione, che si esprime nell'oscillazione fra i primi articoli dei Principi fondamentali, ma non trova un'espressione altrettanto innovativa negli articoli sulla famiglia e sul lavoro femminile. Gli articoli seguenti, il 3 e il 4, tendevano a ricucire il potenziale iato fra i due profili del cittadino, quello di lavoratore e quello di persona umana dotata di diritti inviolabili; iato potenzialmente ampio e incolmabile per chi, concretamente, non fosse in grado di accedere a un lavoro. L'Art. 3 fece convivere in un unico testo le due radici dei diritti, istituendo fra queste un equilibrio innovativo²⁸. Il principio enunciato è tuttora una sponda di cruciale importanza

²⁶ MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, cit., p. 256.

²⁷ Si veda la incisiva e interessante *Introduzione* al volume *Lavoro e cittadinanza. Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio*, a cura di L. Baldissara, M. Battini, Milano, 2017. Per il confronto con le Costituzioni liberali L. FERRAJOLI, *Articolo 1. Lavoro e sovranità popolare*, Milano-Bari, pp. 14-29 e p. 15.

²⁸ La complessa mediazione fra i professori di diritto cattolici e Togliatti condusse, in conclusione, al risultato sintetizzato da T. Groppi nel suo articolo T. GROPPI, "Fondata sul lavoro". *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2012, pp. 665-686, p. 678: «Mi sembrar pertanto emergere con chiarezza dai lavori preparatori che la genesi della formula "fondata sul lavoro" avvenne in stretta connessione con l'affermazione della centralità della persona umana». Ma si trattò, appunto, di una mediazione fra culture e posizioni diverse. Sul carattere aperto e plurale della visione costituzionale del lavoro M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, pp. 628-652.

per una politica e per delle politiche che attivino diritti civili (libertà individuale intesa come libertà di pensiero, inviolabilità della persona), diritti politici (voto attivo e passivo, partecipazione a partiti, associazioni e movimenti), diritti economici e sociali (garanzia di un minimo di benessere materiale e di sicurezza esistenziale)²⁹.

L'articolo proponeva in primo luogo la pari dignità e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di orientamenti culturali e condizioni sociali. In secondo luogo, con uno slancio programmatico anticipatore, prefigurava l'azione dello stato nel rimuovere i vincoli che ostacolavano «di fatto» l'uguaglianza, la libertà, e «il pieno sviluppo della persona umana»³⁰. L'espressione «di fatto» si doveva al relatore sui diritti civili della prima Sottocommissione, Lelio Basso, leader del Partito socialista³¹. Caduto nel dibattito, l'avverbio fu riproposto con forza dalla giovane parlamentare comunista Teresa Mattei, che intervenne in Assemblea, il 18 marzo 1947, proponendo di reinserire tale specificazione collocandola nell'attuale posizione.

Mattei fondò il suo ragionamento, invece che sulle disuguaglianze sociali, su quelle fra uomini e donne, nel contesto di un discorso molto franco sui pregiudizi misogini degli uomini dell'assemblea: sollevò in particolare la questione dell'esclusione delle donne dalla Magistratura, inserita indebitamente nell'articolato dal Comitato di redazione. Su questo torneremo in seguito. Ma anche se sulla questione delle professioni femminili la cautela degli uomini non fu poi superata, il salvataggio da parte di Mattei della proposta originaria di Basso fu cruciale per aprire un varco a favore del passaggio dall'uguaglianza formale a quella sostanziale³². Ecco la versione finale dell'Art. 3:

«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica

²⁹ T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class, and other essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1950 (tr. it.: *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, 2002). Per le diverse concezioni della cittadinanza P. COSTA, *Cittadinanza Enciclopedia del Novecento III Supplemento* (2004), Treccani.it, http://www.treccani.it/enciclopedia/cittadinanza_%28Enciclopedia-del-Novecento%29, sito consultato il 2 gennaio 2020.

³⁰ *Relazione del deputato Basso Lelio sulle libertà civili*. L'Art. 3 era denominato in questa prima stesura Art. 14, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/01/01-basso-1.htm>, sito consultato il 2 gennaio 2020. La proposta iniziale di Basso suonava così: «È compito della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando la libertà e l'uguaglianza di fatto degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana e il completo sviluppo fisico, economico e spirituale di essa».

³¹ Durante il primo anno dei lavori il PSI si chiamava Partito socialista italiano di unità proletaria. Basso fece propri in questo frangente i suggerimenti del giurista socialista Massimo Severo Giannini. Sulla collaborazione con Giannini, S. RODOTÀ, *Compagni di strada. Lelio Basso e Massimo Severo Giannini*, in *Politica del diritto*, IV, 2005, pp. 677-688; M. DOGLIANI, L. GIORGI, *Costituzione. Art. 3*, Roma, 2017.

³² Il 15 novembre 1946 nella prima Sottocommissione: Nascitacostituzione.it, www.nascitacostituzione.it/01principi/004/index.htm, sito consultato il 14 luglio 2020.

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana [...]»³³.

Poi però la frase continua:

«e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»³⁴.

Reintroducendo in questa sede la questione della partecipazione, pensata inizialmente da La Pira come parte dell'Art. 1, si tornava a porre una particolare enfasi sull'intestazione dei diritti politici ai lavoratori. Era stato chiaro e cogente il testo presentato da Moro nella prima Sottocommissione: l'esponente democristiano, con il favore della sinistra, e una impostazione coerente con quella del giurista cattolico Costantino Mortati, propose che l'adempimento del dovere del lavoro fosse una preconditione necessaria dell'esercizio dei diritti politici. Era stato l'avvocato e giurista Piero Calamandrei, azionista, a sgretolare l'equazione sottolineando che il diritto di voto non avrebbe potuto essere condizionato dallo svolgimento di un lavoro. Gran parte dell'assemblea, inclusa una parte della Democrazia Cristiana, si inserì in questo varco, rifiutando l'emendamento di Moro³⁵.

L'articolo 4 cercò infine di risolvere la contraddizione, specificando che il diritto/dovere di partecipare al lavoro era tutelato dallo Stato per tutti i cittadini:

«La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Ecco che il lavoro si qualificava come diritto/dovere universale, e lo Stato si caricava dell'obbligo di renderlo tale, fondendo in un'unica figura il cittadino lavoratore e la persona dotata di diritti inviolabili³⁶. Si potrebbe, con l'articolo 4, considerare chiuso lo scarto fra le due fonti della cittadinanza: il cittadino si identifica strettamente, senza eccezioni, con il lavoratore.

³³Intervento nella discussione in Aula del 18 marzo 1947: Nascitacostituzione.it, www.nascitacostituzione.it/01principi/003/index.htm, sito consultato il 2 gennaio 2020, sito consultato il 14 luglio 2020.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Il 15 novembre 1946 nella prima Sottocommissione: Nascitacostituzione.it www.nascitacostituzione.it/01principi/004/index.htm, sito consultato il 14 luglio 2020.

³⁶ L' Art. 4, è stato indicato da M. Salvati come quello che più di tutti rende originale la Carta italiana, *Art. 4*, cit., p. 1 e *passim*.

3. *La tormentata nascita dell'articolo 37: le proposte iniziali.* - Ma il profilo della cittadina di genere femminile non si adattò a questa equazione: nella parte del testo sui rapporti economici si viaggiò su un binario diverso, ponendo la figura femminile su un piano asimmetrico. L'articolo 37 indica infatti nella funzione familiare un adempimento ineludibile, che non può in alcun caso essere leso dal diritto/dovere del lavoro:

«la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Il testo può suscitare interpretazioni diverse, a seconda che si ponga l'accento sulla spinta a garantire alle madri la possibilità di lavorare, offrendo loro modalità organizzative compatibili con i compiti familiari, o sulla subordinazione dell'attività lavorativa, pur ritenuta fonte principale della cittadinanza, a tali compiti, unico dovere ineludibile delle donne. È in ogni caso un'asimmetria rispetto ai Principi fondamentali il fatto che si chieda all'organizzazione del lavoro la compatibilità con il ruolo familiare, senza fare cenno a un possibile sostegno dello Stato. L'appiattimento obbligatorio della donna sulla funzione familiare rappresenta dunque un vincolo alla sua libertà di scelta³⁷. Colpisce inoltre il fatto che, oltre a condizionare, e di fatto limitare, il lavoro esterno delle donne, gli adempimenti familiari assumano un carattere astratto. In continuità con l'ideologia ottocentesca della separazione delle sfere, i compiti familiari vengono sottratti all'ambito della produzione di valori economici e ascritti al campo morale: uno spazio indistinto di oblatività, privo di contenuti quantificabili. La funzione familiare non è, dunque, un lavoro, né totalmente né parzialmente.

L'auspicata sovrapposizione fra cittadinanza e lavoro è, in questa prospettiva, una promessa pensata e scritta per gli uomini; non solo perché le donne devono attivarsi come lavoratrici solo quando le condizioni di lavoro consentano i loro primari adempimenti, ma anche perché questi ultimi non hanno una valenza produttiva. L'universalità dei principi che equiparano il cittadino e il lavoratore salta, indebolendo la cittadinanza femminile³⁸.

La percezione della problematicità di questa parte della Costituzione non è il frutto di un'attualizzazione, di una proiezione sul passato di una sensibilità contemporanea, sovrapposta a quella dei Costituenti. Le Carte socialiste vigenti, utilizzate nella discussione, contenevano principi ben diversi, e prefiguravano nel testo un preciso sistema di congedi e servizi all'infanzia destinati alla conciliazione

³⁷ BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, cit., pp. 10-121.

³⁸ A. BUTTAFUOCO, *Cittadine italiane al voto*, in *Passato e presente*, 40, 1997, p. 10.

fra famiglia e lavoro³⁹. La questione, dunque, divenne un terreno di importanti divisioni, di cui è utile rileggere le linee di frattura. La prima impostazione dell'articolo 37, poi modificata, si deve alla formulazione di Angelina Merlin, detta Lina, aderente al Partito socialista italiano di unità proletaria, rinominato dal gennaio 1947 Partito socialista italiano. Nella Terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, che doveva elaborare gli articoli sui rapporti economici e sociali, la deputata condivise con la democristiana Maria Federici il ruolo di relatrice. Nella sua relazione Lina Merlin propose 2 articoli separati. Il primo riguardava la necessità che lavoratrici e lavoratori avessero gli stessi diritti e la garanzia di un'esistenza dignitosa. Il secondo suonava come segue: «Le condizioni di lavoro devono consentire il completo adempimento della funzione sociale della maternità. Istituzioni assistenziali e previdenziali integrate, ove occorra, dallo Stato, tuteleranno la vita di ogni bambino»⁴⁰.

L'esponente socialista metteva dunque l'accento sulla funzione sociale degli adempimenti della madre, che non erano contrapposti in nessun modo a quelli di lavoratrice, e introduceva l'idea di un ruolo delle istituzioni assistenziali e dello Stato nel garantire alle madri condizioni appropriate. La funzione sociale della maternità diveniva interesse nazionale nella proposta di emendamento di Fanfani, che tuttavia non contemplava un coinvolgimento dello Stato nell'erogazione dei servizi: «La Repubblica Italiana riconosce che è interesse nazionale la protezione della maternità e dell'infanzia. In particolare le condizioni di lavoro devono consentire il completo adempimento della funzione e dei doveri della maternità»⁴¹.

In realtà Piero Calamandrei, il 4 marzo 1947, aveva sottolineato l'ambiguità dello stesso concetto di funzione, nel quadro di una Costituzione «fondata sul lavoro»⁴². Favorevole a un testo non intessuto di principi generali, ma di indicazioni in grado di produrre norme giuridiche precise⁴³, il relatore sottolineò che, se l'intento era ancorare i diritti politici al lavoro, l'introduzione del concetto

³⁹ Recitava per esempio la Costituzione jugoslava del 1946 (abbiamo trovato il testo in inglese e in russo): «*Women have equal rights with men in all fields of state, economic and social- political life. Women have the right to the same pay as that received by men for the same work, and as workers or employees they enjoy special protection. The state especially protects the interests of mothers and children by the establishment of maternity hospitals, children's homes and day nurseries and by the right of mothers to a leave with pay before and after childbirth*». *Constitution of the Federative People's Republic of Yugoslavia*, Worldstatesmen.org, https://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia_1946.txt. Sito consultato il 20 giugno 2020.

⁴⁰ <https://www.nascitacostituzione.it/02pi/03t3/037/index.htm?arto37-002.htm&2> Sito consultato il 20 giugno 2020.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V. CAPORELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in «Storicamente», 6 (2010). P. Ginsborg, *Le politiche della famiglia nell'Europa del Novecento*, in «Passato e Presente», 57 (2002).

⁴³ 3 ottobre 1946, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/03/index.htm?002.htm&2>, sito consultato il 20 giugno 2020.

di funzione, con la sua genericità, allargava il campo in modo indefinito, finendo con l'indebolire l'assunto⁴⁴.

4. *Le voci degli uomini*. - Fondamentale nel modificare il senso degli articoli proposti da Lina Merlin fu la seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione per i diritti e i doveri dei cittadini. La discussione fu avviata dalle relazioni di Falcone Lucifero (Blocco nazionale della libertà e dal gennaio 1947 Partito liberale) e di Togliatti⁴⁵.

Con l'eccezione della comunista Nilde Iotti, quest'organo era composto da un gruppo di soli uomini⁴⁶. Fu La Pira a proporre per primo di rafforzare la preminenza della funzione familiare a scapito del lavoro, premettendo alla locuzione «missione familiare» un aggettivo, che egli individuò nella parola «prevalente», destinato a esprimere con chiarezza la secondarietà del lavoro delle donne rispetto ai compiti familiari. È probabile che La Pira fosse profondamente convinto di questo postulato, ma per capire in che contesto si svolgeva il dibattito è bene ricordare le posizioni della Chiesa. Una esemplificazione eloquente è contenuta nel messaggio rivolto da Pio XII alle associazioni femminili il 21 ottobre 1945. Il Pontefice aveva colto l'occasione, in quella sede, per ribadire l'incompatibilità fra la missione materna della donna e il suo lavoro fuori casa, che sottoponeva la famiglia al rischio di una disgregazione per un guadagno economico illusorio:

«Quanto alle classi lavoratrici, obbligate a guadagnarsi il pane quotidiano, la donna, se ben riflettesse, si renderebbe forse conto come non poche volte il supplemento di guadagno, ch'ella ottiene lavorando fuori di casa, è facilmente divorato da altre spese o anche da sprechi rovinosi per l'economia familiare»⁴⁷.

Il Pontefice rivolgeva poi la sua attenzione alla «figlia», anch'essa operaia di fabbrica, esplicitando i pericoli a cui questa si esponeva: non solo la caduta morale e il cedimento a «loschi piaceri», ma anche la perniciosa influenza dell'ideologia classista della sinistra e il rifiuto del modesto e rispettoso stile di vita del suo mondo:

«La figlia, che va anch'essa fuori a lavorare in una fabbrica, in un'azienda o in un ufficio, stordita dal mondo agitato in mezzo a cui vive, abbagliata dall'orpello di un falso lusso, divenuta avida di loschi piaceri, che distraggono ma non saziano né riposano, in quelle sale di "riviste" o di danze, che pullulano dappertutto, spesso con intenti di propaganda di parte, e

⁴⁴ P. CALAMANDREI, *Chiarezza della Costituzione*, Roma, p. 35. Pubblicato dapprima in *Assemblea Costituente, Atti. Discussioni*, Tipografia della Camera dei Deputati, vol. 3, Roma, 1947.

⁴⁵ Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/037/index.htm?arto037-004.htm&2>, sito consultato il 20 giugno 2020.

⁴⁶ La democristiana Angela Gotelli subentrò a Caristia solo alla fine dei lavori.

⁴⁷ *Allocutio ad mulieres christianas*, Discorso del Pontefice Pio XII, in *Periodica*, Typis Pontificiae Universitatis Gregorianae, Roma, Tomo XXXV, Fasc. I-II, 15 Iunius 1946, p. 163.

corrompono la gioventù, fattasi ‘donna di classe’, sprezzatrice delle vecchie norme ‘ottocentistiche’ di vita, come potrebbe ella non trovare la modesta dimora casalinga inospitale e più tetra di quel che non sia in realtà?»⁴⁸.

È improbabile che La Pira condividesse interamente il messaggio del Papa, quanto meno per quanto riguarda il suo richiamo all'accettazione della disegualianza di classe. Ma, come ha scritto Elda Guerra, il mondo cattolico, nel momento in cui le donne accedevano al voto, accoglieva un'idea dell'impegno femminile ben delimitata, basata sulla difesa pubblica della famiglia, e su un'ulteriore polarizzazione dei ruoli di genere:

«Ci si rivolge alle donne in nome della difesa della centralità e dell'unità della famiglia nonché della loro missione morale, in quella congiuntura specifica, in cui tutto questo appare minacciato, in primo luogo, sul piano della propaganda dall'avanzamento degli altri partiti ed in particolare del PCI, ma anche in un senso più profondo dai fenomeni stessi di modernizzazione e dagli sconvolgimenti portati dalla guerra. In questo caso il modello di cittadinanza è quello di una rinnovata complementarietà tra i generi non più basata sulla divisione tra ambito privato e ambito pubblico, ma incentrata sul trasferimento del modello familiare all'insieme della comunità sociale e politica»⁴⁹.

Tornando ai lavori della prima Sottocommissione, Togliatti resistette alla posizione di La Pira, ma anche in questo caso Aldo Moro propose una mediazione, basata sulla sostituzione dell'aggettivo «prevalente» con il termine «essenziale». Come abbiamo accennato nelle Costituzioni socialiste, da quella staliniana del 1936 a quella jugoslava del 1946, il ruolo primario del lavoro si estendeva alle donne. In ambedue compariva il riferimento a specifici diritti sociali, forme di intervento pubblico dedicate a consentire loro la partecipazione al lavoro, a partire dai servizi all'infanzia. La centralità del lavoro come fonte di diritti marciava dunque insieme all'inclusione concreta delle donne. Ma Togliatti, interessato a mediare con il mondo cattolico sull'intera struttura della Carta, arretrò rapidamente su questo fronte, rinunciando a difendere l'idea socialista dell'uguaglianza di genere. Egli accettò la proposta di Moro in cambio del suo assenso a una diversa formulazione della frase relativa all'uguaglianza fra donne e uomini nei diritti legati al lavoro. Anche gli altri esponenti comunisti, inclusa Nilde Iotti, accolsero rapidamente la mediazione di Moro.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ E. GUERRA, *Modelli sociali di genere e cittadinanza politica*, in *La fondazione della Repubblica. Modelli e immaginario repubblicano in Emilia Romagna negli anni della Costituente*, a cura di M. Salvati, Milano, 1999, pp.124-142, p. 136. T. NOCE, *Nella città degli uomini. Donne e pratica della politica a Livorno fra guerra e ricostruzione*, Napoli, 2004; P. WILLSON, *Italiane. Biografia del Novecento*, Roma-Bari, 2011, p. 163. C. VALENTINI, *O i figli o il lavoro*, Milano, 2012, Appendice.

La conversione del leader comunista fu, nella sua sostanza, un passaggio obbligato, omaggio indispensabile alla dipendenza dei cattolici dalle gerarchie ecclesiastiche, e insieme un preciso scambio, dovuto alla volontà del leader comunista di far passare i temi che gli erano più cari. Ma gli esponenti comunisti rinunciarono in prima Sottocommissione anche a esplicitare il loro pensiero. Fu invece Lelio Basso, socialista, a opporre un netto rifiuto all'aggettivo «essenziale». Basso aveva espresso anche nella discussione degli altri articoli una posizione egualitaria⁵⁰. Non a caso era stato il proponente del secondo comma dell'articolo 3, con il suo spostamento dal terreno dell'uguaglianza formale a quello dell'uguaglianza sostanziale⁵¹. Come per l'uomo, così anche per la donna si doveva, secondo Basso, affermare una posizione di parità, sia nel lavoro, sia nella vita familiare, perché i coniugi dividevano ambedue i compiti. Basso riconosceva che, per ragioni di natura biologica, la missione familiare della donna aveva un carattere speciale, ma non una maggiore essenzialità rispetto a quella dell'uomo. Egli prefigurava, con queste posizioni, un vero superamento della disuguaglianza di genere, nella direzione che fu attuata nel 1975, con il nuovo diritto di famiglia.

Moro insistette allora sulla necessità di concordare sull'aggettivo «essenziale», e la sua formulazione, posta in votazione, passò con 7 voti favorevoli e 4 contrari, inclusi Togliatti e la Jotti; quando però l'articolo fu posto in votazione nella sua interezza, ottenne l'unanimità con un solo astenuto⁵². Dopo un nuovo esame nella terza Sottocommissione⁵³, che non raggiunse una posizione condivisa, la questione dell'attribuzione dell'aggettivo «essenziale» alla funzione familiare delle donne fu discussa in Aula il 18 settembre 1946.

La solidarietà di genere che aveva unito le costituenti, di fronte ai pregiudizi maschilisti di gran parte dell'assemblea, ebbe qui una corposa smagliatura⁵⁴: Angelina Merlin si oppose alla nuova stesura dell'articolo, sostenuto invece dalla Federici, chiedendo la soppressione dell'aggettivo «essenziale». La sua posizione fu appoggiata soltanto dai colleghi socialisti.

⁵⁰ Basso aveva militato a lungo nel primo dopoguerra nel gruppo di Piero Gobetti e aveva collaborato con la rivista *La rivoluzione liberale*. Era contrario allo stalinismo; fu Segretario del PSI dal 1947 al 1948.

⁵¹ <https://www.nascitacostituzione.it/01principi/003/index.htm?art003-027.htm&2>, sito consultato il 20 giugno 2020.

⁵² Non siamo riusciti a ricostruire con certezza chi fosse l'astenuto, ma è verosimile che fosse Lelio Basso.

⁵³ Assemblea Costituente, *Commissione per la Costituzione. IIIa sottocommissione*, in *Atti Parlamentari*, 18 settembre 1946, p. 45

⁵⁴ Sulla solidarietà fra le Costituenti si vedano le testimonianze di Nadia Gallico Spano e Nilde in A.M. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità. I diritti civili e politici delle donne dall'unità ad oggi*, Pisa 1980, p.186 s., e GAJOTTI DE BIASE, *Donne e politica nella Repubblica*, in *Una democrazia incompiuta*, cit., pp. 91-130. Nella prospettiva di questo saggio tali giudizi sembrano in parte da riequilibrare, alla luce della capacità dei partiti di comporre le fila sul punto cruciale dell'"essenziale funzione familiare".

5. *Una divisione fra le “madri costituenti”*. - Il 10 maggio 1947, in riunione plenaria, l'Assemblea Costituente esaminò gli emendamenti agli articoli del Titolo terzo della prima parte del progetto di Costituzione, intitolato «Rapporti economici», che conteneva l'articolo in questione, in quel momento numerato come 33. Apparve in chiara luce la distanza fra le posizioni delle due «madri costituenti», Federici e Merlin. L'intervento di Maria Federici iniziava con un acuto esame del problema della diseguaglianza di genere nel lavoro:

«Onorevoli colleghi, l'articolo 33 riguarda la donna lavoratrice e certi suoi particolari problemi. Questo articolo è un riflesso vivo delle gravi ingiustizie che ancora si registrano nella vita italiana»⁵⁵.

La relatrice affermava che chi avesse guardato in futuro alla nascita della Costituzione si sarebbe stupito del fatto che fosse stato necessario specificare nel testo che a due lavoratori di diverso sesso, ma che compissero lo stesso lavoro, spettasse un'uguale retribuzione. Ma sarebbe stato motivo di sorpresa anche il fatto che si fosse dovuto stabilire in quel quadro una norma «naturale e umana», cioè che le condizioni di lavoro della donna dovessero consentirle l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e materna.

L'intervento proseguiva con una dichiarazione appassionata:

«Noi crediamo che il figlio della donna lavoratrice abbia diritto alle insostituibili cure materne, come tutti gli altri bambini. Noi affermiamo che questo bambino ha bisogno di cure non solo materiali, ma anche morali [...]. La madre è insostituibile presso il bambino, per quanto riguarda la sua formazione interiore, la sua crescita spirituale, il formarsi del suo mondo morale»⁵⁶.

Per quanto riguarda la discriminazione salariale Federici gettò uno sguardo empatico su come molto spesso fosse la stessa donna lavoratrice a svalutare il suo ruolo. Indicava tuttavia come proprio ideale, per il momento irraggiungibile, che il lavoratore potesse, col provento del suo lavoro, «vivere non solo dignitosamente, ma anche dignitosamente formare, allevare, educare, mantenere una famiglia»⁵⁷.

E proseguiva, in modo non troppo coerente con le sue precedenti affermazioni:

«Tuttavia noi crediamo che non si possa arrivare presto a godere i benefici di una tale riforma legislativa, che non si giungerà tanto facilmente al salario familiare ed allora chiediamo almeno che le disposizioni generali, gli orari, la durata del lavoro, i permessi ed i congedi, tengano presente che la donna lavoratrice, oltre al suo lavoro, dinanzi alla macchina, dinanzi allo scrittoio, o

⁵⁵Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/037/index.htm?arto37-002.htm&2>, sito consultato il 15 luglio 2020.

⁵⁶*Ibidem*.

⁵⁷*Ibidem*.

in qualsiasi altra occupazione di carattere materiale o intellettuale, ha anche una grande funzione da svolgere: quella di formare, di allevare, di educare la famiglia. Funzione “essenziale”⁵⁸.

Il lavoro della donna era dunque per Federici un’imperfezione dovuta all’impossibilità di raggiungere in tempi brevi un livello salariale che consentisse agli uomini di mantenere la famiglia. L’esponente cattolica inseriva però nel discorso un omaggio, originale rispetto alle visioni caratteristiche del tempo, alla funzione economica, oltre che morale, del lavoro familiare:

«Essenziale sì, la funzione familiare della donna. Io credo che appartenga alla esperienza di tutti [...], che la donna dispieghi nella famiglia un complesso grandioso di attività, il cui valore è notevolissimo anche dal punto di vista economico»⁵⁹.

Nel vasto corpo della Democrazia Cristiana vi erano posizioni, non sempre silenziose, più coerenti nella loro ferrea misoginia. Di fronte alla parte «lavorista» della Democrazia Cristiana (Moro, La Pira, Fanfani), e in particolare alla proposta di Moro, che, come abbiamo accennato, limitava ai lavoratori i diritti politici, l’onorevole Teodoro Bubbio obiettò:

«La donna, in quanto tale e per sua stessa natura, è imprescindibilmente portata ai lavori domestici e alle cure familiari e si deve considerare come esplicante in ogni età ed in ogni momento un’attività utile alla società. Il lavoro vero e proprio è, invece, appannaggio dell’uomo, perché non dobbiamo dimenticare il motto divino che, se la donna partorirà con dolore, spetta all’uomo di guadagnarsi il suo pane con il sudore della fronte»⁶⁰.

6. *Fedeltà di partito e distinzioni a sinistra: la diversità socialista.* - Sulla parte dell’articolo dedicata alla protezione della maternità le principali deputate comuniste e la Merlin condivisero nell’assemblea plenaria una posizione volta a rafforzare il riferimento alla funzione sociale della maternità, sulla scia dell’iniziale formulazione proposta da Merlin in Terza Sottocommissione.

Le comuniste non seguirono invece la Merlin sulla cruciale questione della «essenziale funzione familiare». L’emendamento inteso a cancellare l’aggettivo «essenziale» ebbe come primi firmatari i socialisti Calosso e Barbareschi e fu sostenuto in Aula, dopo un lungo intervento di Lina Merlin, da altri compagni di partito socialisti: Carmagnola, Mariani, Vischioni, De Michelis, Costantini, Merighi. La loro adesione evidenziava una posizione del partito più avanzata di quella comunista, come era stata quella di Lelio Basso nella prima

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ L’8 maggio 1947 in seduta plenaria: Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/01principi/004/index.htm>, sito consultato il 15 luglio 2020.

⁶⁰ *Ibidem.*

Sottocommissione. Ecco un significativo stralcio dell'intervento in Assemblea di Merlin:

«Abbiamo chiesto la soppressione della parola «essenziale» per una duplice considerazione. Se i redattori dell'articolo proposto non hanno voluto dare alla parola un significato particolare, si sopprima come uno dei tanti pleonasmii che infiorano la nostra Costituzione. E si sopprima pure, se i redattori hanno voluto usare quel termine con il significato limitativo che noi gli attribuiamo e che consacrerrebbe un principio tradizionale, ormai superato dalla realtà economica e sociale, il quale circoscrive l'attività della donna nell'ambito della famiglia [...]».

Proseguiva la parlamentare socialista:

«Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità».

Si è detto che Merlin era profondamente impregnata di cultura cattolica, per l'uso, nel suo intervento, dell'espressione «benedetta»⁶¹; eppure, distinguendosi dalle posizioni dei democristiani, inclusa la Federici, l'esponente socialista ragionava sul rapporto fra impegni lavorativi e familiari in modo laico, nei termini di un'addizione, non di una sottrazione. Il lavoro delle donne era un valore da difendere, non certo da superare con l'affermazione del «salario familiare». Questa distinzione fra aggiungere e sottrarre corrispondeva in fondo a una linea di frattura antica e duratura che, ancora oggi, differenzia una parte del mondo cattolico dalla maggioranza di quello laico, nonostante la riforma del diritto di famiglia del 1975⁶².

L'articolo contestato fu alla fine confermato nella versione proposta da Aldo Moro, che includeva l'aggettivo «essenziale». Sarebbe ovviamente antistorico decontestualizzare l'operato dei Costituenti e delle Costituenti, con le sue tensioni e mediazioni, isolandoli dalla cultura e dalle credenze del tempo. Ma il dibattito che abbiamo riassunto conferma l'opinione espressa da tempo da Maria Vittoria Ballestrero: i ritmi lenti del percorso verso la parità di genere, successivi al 1948, trovarono un appiglio sostanzioso nella stessa Costituzione, e non furono solo il

⁶¹ BALLESTRERO, *Dalla tutela*, cit., p. 116.

⁶² Una diversa attenzione al diritto al lavoro, ai diritti politici, all'emancipazione delle donne già all'interno del mondo borghese aveva separato, quasi 50 anni prima, le posizioni di Anna Maria Mozzoni e di Anna Kuliscioff. F. PIERONI BORTOLOTTI, *Alle origini del movimento femminile in Italia*, Torino, 1963. Una lettura che riavvicina le posizioni è in P. PASSANITI, *Dalla tutela del lavoro femminile al libero amore*, in *Lavoro e cittadinanza femminile: Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, a cura di P. Passaniti, Milano, 2016, pp. 122-155. Si pensi alla contrapposizione di una parte del mondo cattolico ai modelli nord europei di Welfare a cui viene opposta la logica della sussidiarietà, secondo cui l'intervento dello Stato deve attivarsi solo in presenza di un'impossibilità della famiglia.

risultato di una mancata applicazione⁶³. Una posizione, quella che contrappone una costituzione equilibrata a un'applicazione distorta, condivisa da alcune studiose, forse orientate dalla convinzione che l'equilibrio politico complessivo del testo costituzionale valesse bene questa mediazione⁶⁴.

Emerge da questa rilettura un ridimensionamento della comunanza politica fra le donne della sinistra, al di là delle appartenenze di partito⁶⁵. Merlin e le comuniste si rispettavano, ma la loro azione si divise sulla questione chiave della funzione familiare «essenziale» delle donne, poiché le comuniste accolsero la mediazione di Togliatti e Moro⁶⁶. Al contrario nel partito socialista Lina Merlin difese fino in fondo l'abolizione dell'aggettivo «essenziale», e fu affiancata dai colleghi di partito. che espressero insieme a lei la posizione più avanzata e preveggen⁶⁷. In conclusione, dunque, la solidarietà fra le «madri costituenti» si incrinò quando esse dovettero seguire o sostenere le diverse strategie dei loro partiti.

7. *Discriminazione e uguaglianza in altre parti del testo.* - Le proposte che tentarono di costituzionalizzare l'esclusione delle donne da alcune professioni, invocando la specificità delle attitudini femminili, furono invece respinte da un'azione comune delle deputate, e sostituite dall'articolo 51, che conteneva una enunciazione generale aperta e inclusiva⁶⁸. Il testo apriva alle donne in linea di principio tutte le professioni, superando i limiti della legge Sacchi del 1919, che le escludeva da quelle che implicavano poteri pubblici giurisdizionali, l'esercizio di diritti e potestà politiche e la difesa militare dello Stato. Anche in questo caso, tuttavia, alla norma inclusiva ne seguiva una escludente: l'accesso alle professioni doveva avvenire «secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

Il mantenimento di questa limitazione rifletteva un diffuso pregiudizio sull'instabilità emotiva femminile: emblematica, in tal senso, una famosa frase del democristiano Giovanni Leone, secondo il quale solo gli uomini potevano «mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni», mentre le donne erano condizionate dalla loro fisiologia⁶⁹; per illustrare questo punto torniamo all'intervento della parlamentare comunista

⁶³ BALLESTRERO, *Dalla tutela, cit.*, pp. 118-123.

⁶⁴ GAIOTTI DE BIASE, *Donne e politica*, cit., p. 273; PALICI DI SUNI, cit., pp. 271-279.

⁶⁵ Una lettura diversa in M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020

⁶⁶ Una descrizione diversa in M. D'AMICO, *Gendergap e principi costituzionali*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2019, Estratto, pp. 8 ss., controllato il 31 ottobre 2022; dell'autrice vedi ora D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit.

⁶⁷ E. GIROTTI, «Per una famiglia felice pace e lavoro». *La propaganda al femminile del partito nuovo di Togliatti: simbologie e rituali del secondo dopoguerra* in *Diacronie. Studi di storia contemporanea*, 10.1, 2018.

⁶⁸ L. CARLASSARRE, *Costituzione democratica e rappresentanza*, in *Una democrazia incompiuta*, cit., pp. 280-290, p. 282.

⁶⁹ Si veda il suo intervento nella Commissione per la Costituzione in seduta plenaria Il 31 gennaio 1947, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/06p2/04p2t4/04/08/index.htm> sito consultato il 20 giugno 2020.

Teresa Mattei, nell'Assemblea plenaria del 18 marzo. Come abbiamo visto, nel chiedere di reinserire l'espressione «di fatto», nell'attuale Art. 3, la deputata prese le mosse, invece che dalla disuguaglianza sociale, da quella di genere, a partire dai pregiudizi contro le donne serpeggianti anche in un mondo in teoria illuminato come quello dei Costituenti:

«Onorevoli colleghi, anche qui dunque – e questo purtroppo non è il solo esempio – fa capolino quella diffusa e negativa mentalità. Non solo contro le espressioni del linguaggio, ma noi dobbiamo protestare qui pur senza invadere il campo di prossime discussioni, e per dare un esempio di quanto sia radicata questa mentalità deteriore, contro il malvezzo – e speriamo che sia solo malvezzo – che ha portato perfino il Comitato di coordinamento e di redazione della Commissione per la Costituzione ad includere, nonostante che la seconda Sottocommissione non si fosse pronunciata al riguardo, una forte limitazione per le donne nel campo della Magistratura.

L'articolo 98 suona infatti così: 'I magistrati sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario'.

Anche ammesso, come speriamo, che il futuro ordinamento giudiziario sia ben migliore di quello vigente, noi non possiamo ammettere che alle donne, in quanto tali, rimangano chiuse porte che sono invece aperte agli uomini. (*Commenti*).

Sia tolto ogni senso di limitazione e sia anzi affermato, in forma esplicita e piena, il diritto delle donne ad accedere, in libero agone, ad ogni grado della Magistratura, come di ogni altra carriera»⁷⁰.

Il testo proposto da Mattei fu approvato, ma una forma limitativa sul ruolo delle donne si spostò dall'enunciato specifico sulla magistratura a quello più generale dell'art. 51 relativo agli uffici pubblici e alle cariche elettive. Si rinunciava dunque a fare della Carta, come era invece nello spirito generale del testo, uno stimolo al cambiamento delle leggi. E si tornava indietro rispetto all'esempio della socialdemocrazia di Weimar⁷¹.

Un altro aspetto conservativo della Costituzione, destinato a limitare la libertà delle donne, era contenuto nell'Art 29. Recitava l'articolo: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»; questo noto e dibattuto assunto si appoggiava, come ha sottolineato Roberto Bin, su un ossimoro fra società e natura, riflesso delle difficoltà della sua genesi⁷². L'adesione dei costituenti laici fu il risultato della posizione tattica di Togliatti,

⁷⁰ Assemblea plenaria, 18 marzo 1947, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/01principi/003/index.htm?art003-024.htm&2.>, sito consultato il 20 giugno 2020.

⁷¹ Molto più definito era stato sul punto un testo di riferimento come la Carta di Weimar del 1919.

⁷² R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2001; V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente* in «Storicamente», 6 (2010), in *“Laboratorio di storia”, Fare e disfare famiglia. Relazioni di coppia in Italia in età moderna e contemporanea, Dossier*, a cura di R. Sarti, sito consultato il 15 luglio 2020.

finalizzata ad arginare le richieste dei cattolici, evitando il male peggiore, cioè l'inserimento nel testo del concetto, più definito e pesante, di indissolubilità della famiglia. Ma anche nel PCI vi era un fronte anti divorzista, che si manifestò pienamente nei lavori dell'Assemblea⁷³.

L'attribuzione della famiglia alla sfera naturale, per i costituenti cattolici, fu un modo di indicarne l'autonomia rispetto alla legge umana, ripristinando il pluralismo delle fonti di legittimazione che era stato appiattito dal riduzionismo pubblicistico fascista, che della famiglia aveva fatto una articolazione dello Stato⁷⁴. Il mondo naturale era peraltro, per il cattolicesimo, espressione del divino: un'idea che legittimava il biopotere della Chiesa, esercitato attraverso il controllo sulla vita familiare.

Il testo suggeriva una visione della comunità familiare come aggregato premoderno, durkheimiano, tenuto insieme dalla solidarietà «meccanica» che collegava intrinsecamente parenti e affini. La famiglia diveniva così un nucleo presociale e prepolitico, dotato di diritti che non erano intestati ai singoli individui, ma al corpo familiare, del quale diveniva obbligato referente il capofamiglia, legittimato in tale ruolo da quest'operazione discorsiva.

Ne derivava la seconda parte dell'articolo, che affermava che «il matrimonio è fondato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», ma con «i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». La spinta egualitaria si sgretolava dunque con la subordinazione delle scelte della moglie a quelle del marito in materia di residenza e di potestà sui figli, presente nel codice civile fascista del 1942, ancora oggi vigente⁷⁵. La naturalizzazione e l'idealizzazione di una comunità familiare che trascendeva gli individui offrivano una cornice adatta anche per giustificare il deficit democratico dell'Art. 37.

8. *Dalla Costituzione agli anni Sessanta.* - Scriveva Camilla Ravera all'inizio degli anni Cinquanta:

«nelle fabbriche, nelle manifatture, nei laboratori, nelle aziende varie lavorano oggi milioni di donne. La conquista del posto di lavoro costa pesanti e faticose ricerche, insistenze, lotte: la strada per arrivare all'occupazione è dura e penosa per tutti in Italia; ma durissima e cosparsa di particolari amarezze e umiliazioni per le donne, a cui si vuole concedere il lavoro soltanto a condizione che esso costi meno dell'eguale lavoro maschile, che

⁷³ Intervento di Umberto Nobile in assemblea plenaria, Il 18 aprile 1947, Nascitacostituzione.it, <https://www.nascitacostituzione.it/02pi/02t2/02g/index.htm?arto29-024.htm&2>, sito consultato il 15 luglio 2020. Del resto il divorzio fu introdotto in Unione sovietica dopo la Rivoluzione del 1917, ma nel 1936 Stalin fece restringere notevolmente la possibilità di divorziare e negò il riconoscimento delle libere unioni.

⁷⁴ CAPORRELLA, *La famiglia*, cit.; E. MOSTACCI, *La disciplina della famiglia nella Costituzione italiana*, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, 2, 2010, pp. 534-54; P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente tra politica e storia*, Bologna, 1980.

⁷⁵ Ancora oggi vigente, con significativi cambiamenti ma anche con notevoli continuità in materia, ad esempio, di obbligazioni alimentari fra i membri delle famiglie.

esoneri il più possibile dagli obblighi e contributi dell'assistenza e della previdenza sociale, e dal rispetto delle qualifiche, delle carriere e così via»⁷⁶.

In che misura la Costituzione fu uno strumento efficace per cambiare questo quadro doloroso? Nonostante la debolezza della figura della cittadina/lavoratrice, la centralità del lavoro come fonte di diritti sociali e politici, nel testo costituzionale, consegnò ai parlamentari e alle parlamentari della sinistra uno strumento giuridico che, negli anni seguenti, fu ampiamente utilizzato. Di fatto le lavoratrici riuscirono a fare propria questa sponda, fin dal 1948, nelle battaglie che ponevano questioni concrete di tutele e regolazioni del lavoro, purché non chiamassero in causa in modo esplicito i temi della parità e delle asimmetrie nella famiglia. Quando invece le riforme evocarono questi temi, la visione familistico-protettiva della Costituzione riaffermava l'ineguaglianza nel lavoro. Come ha scritto Irene Stolzi, fu la «speciale protezione» da riservare alla madre e al bambino, insieme alla «essenziale funzione familiare», a fondare l'emaneazione di norme che predisponessero tutele e protezioni, ma che non imboccavano la strada indicata dal 2° comma dell'art. 3⁷⁷. Quest'enunciato avrebbe invece imposto l'adozione di un diritto diseguale finalizzato a colmare, o a ridurre, lo svantaggio di un genere rispetto all'altro, avviando un processo di allineamento delle posizioni dei due sessi⁷⁸.

In realtà con il radicalizzarsi, a partire dalle elezioni del 1948, dello scontro fra la sinistra e i cattolici, e con il consolidamento del primato democristiano, le donne, in molte occasioni, pagarono pegno: la mediazione a loro carico, avvenuta in seno alla Costituente, fu congelata negli anni del miracolo economico, soffocando la cultura dell'emancipazione, anche in presenza di ambiguità interne alla stessa sinistra.

Operò in questo senso la legge 26 agosto 1950, n. 860, una buona legge di tutela, tuttavia inefficace nel garantire l'uguaglianza nel lavoro. Essa aumentava il congedo obbligatorio per maternità portandolo a 5 mesi con l'80% del salario e prefigurava permessi per l'allattamento e la malattia dei figli. La legge stabiliva tuttavia il divieto di licenziamento per causa di gravidanza solo fino al compimento di un anno di età del figlio, e non colpiva con la sanzione della nullità l'eventuale licenziamento, ma con la semplice inefficacia. Il licenziamento nel periodo protetto veniva cioè considerato inefficace fino al compimento di un anno di età del figlio, per poi riacquistare validità⁷⁹.

⁷⁶ C. RAVERA, *Parole semplici e vere alle donne italiane*, s-l., s.d., p. 1., cit. in C. Venturoli, *Dal regime fascista agli anni Sessanta*, pp. 123-204, p. 187.

⁷⁷ STOLZI, *La parità ineguale*, cit.; M.V. BALLESTRERO, *Parità e oltre. Parità, pari opportunità, azioni positive*, Roma, 1989.

⁷⁸ M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

⁷⁹ STOLZI, *La parità ineguale*, cit.

La remunerazione del lavoro femminile, in questi anni, oscillava ancora intorno al 50% di quella maschile⁸⁰, serbando quella regressione rispetto ai livelli della prima guerra mondiale che era stata impressa dal fascismo. Seguendo la Convenzione approvata nel 1951 dall'Organizzazione internazionale del lavoro di Ginevra la parità di retribuzione, sancita dalla Costituzione nel cauto contesto dell'articolo 37, fu riconosciuta in Italia con la legge del 22 maggio 1956, n. 741⁸¹. Per quanto riguarda il settore agricolo, restò in vigore fino al 1964 il «coefficiente Serpieri» introdotto nel periodo fascista, che a parità di orario equiparava la retribuzione femminile al 60% di quella maschile.

Anche il servizio domestico fu in parte tutelato: nel 1950 fu introdotto l'assegno di maternità; due anni dopo, l'assicurazione per malattia fu estesa ai lavoratori domestici. Nel 1953 divenne obbligatoria la corresponsione della tredicesima, mentre nel 1958 furono regolate le assunzioni, con l'introduzione del periodo di prova, e furono normati il riposo settimanale, le ferie, il lavoro festivo, gli orari di lavoro, il congedo matrimoniale. I lavoratori domestici restavano però esclusi dalla contrattazione collettiva, in base a un articolo del codice civile del 1942 dichiarato illegittimo solo nel 1969. Il primo contratto collettivo per il lavoro domestico fu firmato nel 1974⁸².

L'altro settore privo di regolazione era il lavoro a domicilio. Nel 1950 Teresa Noce e Giuseppe Di Vittorio proposero un importante disegno di legge che vietava l'intermediazione, stabiliva le regole retributive e accomunava le lavoranti agli altri lavoratori in termini di festività, gratifiche e indennità di licenziamento; il testo fu approvato solo nel marzo 1958, e incluse anche alcune norme a tutela della maternità. La legge fu largamente violata e inapplicata, e le attività a domicilio, come l'agricoltura e lo stesso servizio domestico, restarono aree di sovrasfruttamento. Sul terreno giuridico la legge fu comunque un vero e proprio spartiacque: finalmente il lavoro a domicilio, invece di essere trattato come un'attività minore era equiparato agli altri e regolato. Il giurista del lavoro Umberto Romagnoli ha scritto a questo proposito:

«Può ritenersi che il lavoro femminile sia entrato nella storia giuridica non tanto con la legge che tutela le lavoratrici in occasione del parto, come si ripete tralaticciamente⁸³ nei manuali scolastici, quanto piuttosto con la legge

⁸⁰ F. BETTIO, *The Sexual Division of Labour: The Italian Case*, Oxford University Press, Oxford 1988, p. 116.

⁸¹ Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, Ginevra, 6 giugno 1951, ilo.org, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/normativeinstrument/wcms_152336.pdf, sito consultato il 15 luglio 2020. La parità salariale era anche presupposta nel trattato costitutivo del Mercato Comune Europeo, siglato nel 1957, all'articolo 119. *Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia*, a cura della Fondazione Nilde Iotti.

⁸² R. SARTI, *Promesse mancate e attese deluse. Spunti di riflessione su lavoro domestico e diritti in Italia*, in *Il lavoro cambia*, a cura di A. Verrocchio e E. Vezzosi, Trieste, 2014, pp. 55-78, p. 51.

⁸³ Chiariamo l'inusuale espressione: in modo automatico, acritico.

del 1958 sul lavoro a domicilio, anche se la compagna di Cipputi non vi è nemmeno menzionata»⁸⁴.

Nonostante il faticoso movimento di equiparazione delle condizioni di lavoro femminili e di regolamentazione dei settori più marginali e femminilizzati, le considerazioni formulate da Camilla Ravera nei primi anni Cinquanta mantenevano all'apice del *boom* in gran parte della loro attualità, mentre le nuove misure antidiscriminatorie scoraggiavano le assunzioni di donne, il cui scopo era da sempre un risparmio sul costo del lavoro. Nonostante che il sindacato promuovesse la parità salariale, su 78 contratti nazionali rinnovati nel 1962, solo 27 prevedero l'uguaglianza di retribuzione⁸⁵. Altrettanto lenta fu l'applicazione dell'articolo 51 della Costituzione, che garantiva l'accesso a tutte le professioni, ma nei limiti delle leggi vigenti. Solo nel maggio del 1960 la Consulta dichiarò incostituzionale la legge, in vigore dal 1919, che escludeva le donne dall'alta dirigenza dello Stato, nella quale il sesso femminile era «assunto come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità». La legge fu sostituita da quella del 9 febbraio 1963, n. 66, che ammettendo le donne «ai pubblici uffici ed alle professioni», ad esclusione della Guardia di finanza e delle Forze armate, poneva fine a una discriminazione difesa strenuamente e a lungo da vari corpi dello Stato, e in particolare dai magistrati.

Giunse a maturazione in parallelo un'altra importante battaglia, iniziata dalle parlamentari nei primi anni Cinquanta. L'aggiunta alla tutela della lavoratrice madre del divieto di licenziamento delle gestanti e delle puerpere aveva provocato una diffusa reazione dei datori di lavoro, che, per aggirare la norma, avevano inserito nei contratti del settore bancario, dell'industria, degli ospedali, la cosiddetta «clausola di nubilato», che consentiva di licenziare le lavoratrici dopo le nozze⁸⁶. La risposta delle parlamentari fu articolata in un progetto di legge promosso da Ada Guelfi Del Vecchio e sostenuto da 21 parlamentari. Anche Lina Merlin, Anna Matera De Lauro, e successivamente Giuseppina Re, firmarono proposte sul divieto di licenziamento per causa di matrimonio. Nel gennaio 1963 fu approvata infine una proposta che oltre a rendere illegali le clausole di nubilato tentava di contrastare la pratica delle lettere di dimissioni in bianco, firmate dalle lavoratrici all'assunzione e utilizzate dai datori di lavoro al momento del matrimonio.

Il biennio 1968-1969 segnò il vertice del ciclo ascendente di conflittualità del secondo dopoguerra, e negli anni 1969-1970 i diritti collegati al lavoro raggiunsero il punto più alto. La contrattazione collettiva portò a una crescita generale dei salari e l'orario di lavoro passò da quarantotto a quaranta ore settimanali, dando corpo alla vecchia aspirazione al «sabato inglese». I nuovi diritti dei lavoratori

⁸⁴ U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, p. 25.

⁸⁵ C. VENTUROLI, *Dal regime fascista agli anni Sessanta, in Donne e lavoro: un'identità difficile. Lavoratrici in Emilia Romagna (1860-1960)*, a cura di R. Ropa e C. Venturoli, Bologna, 2010, pp. 123-211, p. 181.

⁸⁶ Ivi, p. 179.

trovarono una sistemazione giuridica nella legge del 20 maggio 1970, n. 300, conosciuta come Statuto dei lavoratori, che tutelava anzitutto la dignità, la *privacy*, la libertà di opinione dei lavoratori, impedendo ingerenze sulle loro scelte politiche e sindacali. Era dichiarata illegale qualsiasi forma di controllo improprio negli ambienti di lavoro, esercitata da soggetti esterni come le guardie giurate. Limitatamente alle imprese con più di 15 dipendenti si affermò infine, nell'articolo 18, il principio del reintegro nel posto di lavoro in caso di licenziamento senza «giusta causa»⁸⁷.

9. *L'età d'oro della donna di casa: successi e frustrazioni.* - La rappresentazione dell'emancipazione come frutto dell'ingresso nel lavoro extradomestico, a sua volta collegato con la modernità e lo sviluppo del Novecento, è stata oggetto di una convincente critica negli studi storici sul lavoro femminile, ma ha conservato la sua presa sul senso comune⁸⁸. In realtà il *boom* economico del secondo dopoguerra ebbe, sulla domanda e sull'offerta di lavoro, conseguenze complesse e articolate nel tempo: nel breve periodo esso aumentò l'area dell'inattività, femminile e maschile. L'aumento della produttività dovuto all'industrializzazione, con il miglioramento dei macchinari, rese lento e difficoltoso l'assorbimento nell'industria dei lavoratori che lasciavano le campagne. Da un lato questo processo permise a quote crescenti di bambini, bambine, adolescenti e anziani di collocarsi nelle categorie degli scolari, degli studenti, dei pensionati (quasi tutti uomini). Per quanto riguarda le donne in età centrale, una parte delle contadine inurbate assunse una posizione di esclusione, autoesclusione, o marginalità nel mercato del lavoro.

Vi fu dunque un'opzione per «l'essenziale funzione familiare»? La crescita delle inattive è stata spesso attribuita a una distorsione statistica, dovuta a una nuova stagione di successo, fra i dirigenti degli uffici statistici, dell'ideologia della domesticità, e allo sviluppo di lavori invisibili, senza contratto, non dichiarati per motivi fiscali⁸⁹. Ma una parte del fenomeno era reale e derivava da altre cause: vi era anzitutto una spiegazione «da domanda»: le donne di campagna, poco istruite e a disagio con la lingua e la scrittura, trovavano difficilmente un'occupazione nei servizi urbani; in secondo luogo le madri, anche se avevano un impiego nell'industria e nei servizi urbani, si sentivano obbligate, più che in passato, a curarsi dei figli. Ma in molti casi le stesse ex contadine, spose di operai o di altri occupati stabili, accettarono volentieri, pur invisibili a uno sguardo lavorista attualizzante, il lavoro di cura, desiderato contraltare della fatica umiliante a cui le

⁸⁷ 1970. *Statuto dei lavoratori Legge 300*. pdf, <http://www.unife.it/economia/lm.economia/insegnamenti/diritto-delle-relazioni-di-lavoro/materiale-didattico-a-a-2016-2017/fonti-fondamentali/1970-statuto-dei-lavoratori-legge-300.pdf/view>, sito consultato il 20 giugno 2020, in manutenzione al 24.05.2023.

⁸⁸ In proposito J.W. SCOTT, L.A. TILLY, *Donne, lavoro e famiglia nell'evoluzione della società capitalistica*, Bari, 1981 (ed. orig. *Women, Work, and Family*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1978).

⁸⁹ A. BADINO, *Tutte a casa? Donne tra migrazione e lavoro nella Torino degli anni Sessanta*, Roma, 2008, pp. 136-154.

aveva sottoposte la vita di campagna. La risposta è certamente nella molteplicità degli itinerari percorsi e, soprattutto, nel loro intreccio; la questione resta dunque aperta, in attesa di ricerche che ricostruiscano le microstorie femminili utilizzando fonti orali. Ma alcuni malintesi possono essere dissipati.

Il desiderio delle contadine di una vita dignitosa prese, nell'immediato dopoguerra, oltre alla via della protesta, con le occupazioni di terre, la strada dell'«uscita»⁹⁰. Esso costituì una spinta attiva alla fuga dalle campagne⁹¹. Se la condizione delle contadine era a Nord semiservile, le condizioni di lavoro erano perfino peggiori nel Meridione. L'esodo si indirizzò soprattutto, sia dalle campagne del Centro Nord che da quelle del Sud, verso le città delle aree più ricche del paese. Nell'orizzonte culturale delle donne la scelta di sposarsi, banalizzata dal nostro sguardo attualizzante, era quasi obbligata. Lo schema culturale della domesticità, legittimato dalla Costituzione, dalla Chiesa, dalla politica governativa, si diffondeva: da retaggio aristocratico e borghese, diveniva uno status sociale desiderabile, idealizzato da vecchi e nuovi mezzi di comunicazione: i parroci, la radio, le maestre, i fotoromanzi, la stessa prossimità urbana. E in tutti i paesi industriali la fecondità, raggiunto il punto minimo alla metà del Novecento, aumentò: negli anni Cinquanta e nei primi Sessanta il numero medio dei nati si alzò, dando luogo al cosiddetto *baby-boom*: in Italia il tasso di fecondità totale aumentò dal livello di 2,3 figli per donna del 1952 a quello di 2,7 del 1964. In questi dati si componevano la lievitazione verso una media di due figli degli *standard* del Centro-Nord e la lenta riduzione della fecondità meridionale⁹².

Il desiderio di lasciare la campagna contraendo un matrimonio esterno al mondo contadino era diffuso. Eloquente in questo senso è una testimonianza raccolta da Piero Brunello; la moglie di un «repetin», un operante dai cento mestieri di un borgo della pianura trevigiana, spiegava la sua scelta di fare una vita più povera pur di non sposare un contadino:

«La donna del contadin [...] è sempre fuori pei campi a lavorare. Lavora peggio di una bestia dalla mattina alla sera, e quando torna a casa, il bambino piccolo a letto ha perfino le orecchie piene di lacrime a forza di piangere [...] Nelle famiglie contadine la fémèna dava del vu all'òn, al marito [...] diceva siòr pare al missier, al suocero, e dònà mare alla madòna, alla suocera [...] Però gli altri rispondevan col ti [...] Ti fémèna', le dicevano [...] E all'ora di pranzo, gli uomini a tavola col cappello in testa e le donne con la travèssa [il

⁹⁰ Per questo schema di ragionamento A.O. HIRSCHMANZ, *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese dei partiti e dello stato*, Milano, 1982.

⁹¹ G. LASCHI, *Cronaca di una morte annunciata: la famiglia mezzadrile in Toscana, 1945-1970*, Relazione al Convegno internazionale *Mutamento della famiglia nei paesi occidentali*, Bologna, 6-8 ottobre 1994. Direzione scientifica del Convegno Marzio Barbagli, Università degli Studi di Bologna. La fonte è un documento presentato dai giovani e dalle donne al congresso del 1952 della Federazione nazionale dei lavoratori della terra.

⁹²A. SANTINI, *La fecondità*, in *Lo stato delle famiglie in Italia*, a cura di M. Barbagli e C. Saraceno, Bologna, 1997, pp. 113-121.

grembiule N.d.A.] (e i bambini in braccio fuori sotto il porticato o sedute sulle scale che portavano alle stanze da letto)⁹³.

Negli anni Settanta, i giovani contadini del cuneese raccontavano che le ragazze, nei *dancing* nati nei paesi di pianura, li scansavano⁹⁴. La lunga storia del lavoro nei campi delle donne si esaurì in gran parte con un movimento dal basso, ma il rifiuto del mondo rurale aveva, oltre che un carattere economico, una dimensione esistenziale, legata a una svolta culturale rispetto alla tradizionale etica contadina. Vi era ora una nuova percezione dell'iniquità e della perdita di dignità insite in tanta fatica, e nelle relazioni patriarcali della famiglia contadina. Una ex mondina, figlia di braccianti, nel 1957 confessava a *«Noi donne»*:

«Io sì un bracciante me lo sposerei ma non me la sento di lavorare in campagna [...] a 13 anni sono andata a lavorare in campagna, soprattutto nella stagione della monda del riso. Ma quel lavoro non mi è mai piaciuto, perché per una ragazza è quasi un lavoro umiliante, la fatica è immensa e si diventa più brutte in pochi anni. Adesso sto imparando il mestiere di sarta: come scolaria prendo pochissimo, quattromila lire al mese in media, ma spero di potermi mettere presto da sola, non appena avrò imparato bene a lavorare»⁹⁵.

All'incrocio fra domanda e offerta, il numero delle donne che lavoravano prevalentemente a casa aumentò. Nelle grandi città industriali le possibilità di lavoro erano poche⁹⁶; Franco Alasia e Danilo Montaldi, censendo nei secondi anni Cinquanta le «coree» milanesi, dove si concentravano gli immigrati, osservavano a Bollate la prevalenza, al maschile, di manovali edili e muratori, mentre fra le donne contavano 122 casalinghe, 7 operaie, 11 addette agli orti, 2 lavandaie, 2 fioraie, una cuoca, una sarta, alcune domestiche⁹⁷. Ma, al di là delle difficoltà concrete nel trovare lavori conciliabili, l'etica del lavoro duro delle contadine era stata erosa da un nuovo desiderio di dignità. Un desiderio incoraggiato dall'ideologia cattolica che si era materializzata nella Costituzione: anche se molte donne non sapevano che questa visione era stata incorporata nel dettato costituzionale, la forza del messaggio ostile al lavoro delle donne era pervasiva. Ecco una testimonianza significativa di questi sentimenti:

⁹³ P. BRUNELLO, *Contadini e "repetini". Modelli di stratificazione*, in *Storia d'Italia. Le regioni dall'Unità a oggi, Il Veneto*, a cura di S. Lanaro, Torino 1984, pp. 862-909, p. 875.

⁹⁴ N. REVELLI, *L'anello forte. La donna: storie di vita contadina*, Torino 1985, pp. XXXVIII e 404; L. MARCHESANO, *Sposarsi altrove. Migrazioni matrimoniali in Italia e crisi della società contadina (1950-1975)*, Bologna 2012.

⁹⁵ B. IMBERGAMO, *Mondine in campo. Dinamiche e retoriche di un lavoro del Novecento*, Firenze, 2015.

⁹⁶ F. PISELLI, *La donna che lavora. La condizione femminile fra arretratezza e società industriale*, Bari, 1975, pp. 273-319; LA. BALBO, *Stato di famiglia. Bisogni, privato, collettivo*, Milano, 1976.

⁹⁷ F. ALASIA, D. MONTALDI, *Milano. Corea, Inchiesta sugli immigrati*, Milano, 1975, pp. 82-84 (ed. orig. 1960); E. BETTI, B. CURLI, *Il lavoro delle donne a Milano negli anni del "boom" (1951-1971)*, in *La Signorina Kores e le altre. Donne e lavoro a Milano 1950-1970*, a cura di R. Di Fazio, M. Marcheselli, Milano, 2016, pp. 29-51.

«Se io avessi la possibilità di ritornare indietro, con l'esperienza che ho del passato, più nessuna volta resterei in campagna. Piuttosto sposerei un semplice operaio, perché la donna di campagna fa una vita troppo sacrificata. Novanta donne su cento di campagna devono lavorare nei campi ed anche pensare alla casa. Invece la donna di città, la moglie dell'operaio, pensa solo a governarsi la casa. La donna di città, quando ha i dieci minuti liberi, può leggersi un giornale, può *cincinese* un po'⁹⁸, concedersi qualche lusso, vestirsi come una signora. Non fare la mia vita. Quando avevo i bambini piccoli li abbandonavo sotto una pianta mentre lavoravo, mentre caricavo il fieno. E vorrei vedere mia figlia a vivere una vita del genere?»⁹⁹.

Questo brano scopre la pentola dell'irrequietezza nascosta delle contadine, anello forte di una cooperazione familiare ingiusta nel suo sistema di svantaggi e ricompense, viventi incarnazioni dello spirito di sacrificio, eppure messe ai margini come comparse silenziose nelle ricostruzioni correnti della vita agreste. Il brano esprime, da un lato, la frustrazione per la durezza della propria vita, e per l'obbligata disattenzione per i figli, dall'altro un deciso apprezzamento per la condizione della "casalinga", confrontata con la propria esperienza. I nuovi lavori femminili del terziario erano auspicati per le figlie, ma le madri invidiavano la condizione di chi, come le "signore", poteva tranquillamente dedicarsi al governo della casa.

La pratica della domesticità appariva normale al ceto medio e coinvolgeva lo strato più qualificato del ceto operaio: uno spaccato originale della vita di casa delle coppie, negli anni Sessanta, è stato aperto da una ricerca di Enrica Asquer sui ceti medi¹⁰⁰. Il confronto fra due quartieri milanesi e uno cagliaritano fa emergere, insieme al maggior coinvolgimento delle milanesi nel lavoro extradomestico, alcuni risultati originali: risalta con chiarezza, in particolare, la trasversalità dell'aspirazione femminile a una vita coniugale condivisa e intima come cifra non soltanto di un matrimonio ben riuscito ma di una conquista di uguaglianza di genere che si cerca nella famiglia, prima che nel lavoro¹⁰¹.

La simmetria affettiva, secondo quanto mostra la ricerca, era la prova di una parità di valore, raggiunta nello spazio familiare, nonostante la dipendenza economica e la perdurante preminenza giuridica del capofamiglia¹⁰². Numerose milanesi e alcune sarde lavoravano anche dopo il matrimonio, soprattutto nei vari gradi dell'insegnamento, professione desiderata per i suoi tempi di lavoro e per le valenze etiche e pedagogiche, coerenti con la figura della donna madre. Ma la domesticità era rappresentata come un fatto naturale, normale:

⁹⁸ Gingillarsi, distrarsi.

⁹⁹ REVELLI, *L'anello forte. La donna*, cit., Intervista a Laura, classe 1943, p. XXV.

¹⁰⁰ E. ASQUER, *Storia intima dei ceti medi. Una capitale e una periferia nell'Italia del miracolo economico*, Roma-Bari, 2015.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² M. CONWAY, *The (Re-)making of masculinity*, in *Genesis. Rivista della Società italiana delle storiche*, XIV/2, 2015, pp. 135-150, p. 148.

«Adesso con il matrimonio vanno avanti in due a lavorare, allora ringraziando Dio si poteva stare a casa a guardare la famiglia e non dover dipendere da niente, né per la casa né per niente, il bambino aveva bisogno di un vestitino, io sapevo arrangiarmi, di conseguenza [...] non si pensava [che fosse] un privilegio né niente, era di abitudine che le donne stessero a casa, se non ci fosse stata proprio una necessità del lavoro, altrimenti [...] Era una cosa normale»¹⁰³.

Il marito, Giovanni, enfatizzava in controcanto il carattere contrattuale, ma di fatto obbligato, di questa divisione dei compiti:

«Io intendo come un accordo: la donna, non che dovesse, ma se ha una casa e dei figli, va bene, si occuperà della casa e dei figli. Non deve andare a lavorare perché se c'era necessità [sarebbe andata], ma era diversa la faccenda, avendo la possibilità di stare a casa lei [si pensava:] “Allora tieni bene la casa nel senso occupati bene della casa e dei figli”»¹⁰⁴.

Queste testimonianze gettano nuova luce sulla complessità delle aspirazioni femminili negli anni del miracolo economico.

Con lo sviluppo dello *status* di madri e mogli, e la riduzione del nubilato, il servizio domestico diminuì, come in tutta l'Europa industriale¹⁰⁵. Ma il lavoro a domicilio, considerato da tutti un residuo del passato, si sviluppò, con forme più funzionali all'industria. I distretti industriali, da Carpi a Prato, dalle Marche al Veneto, vi trovarono una risorsa essenziale. E, accanto all'esperienza della «domesticità», restava quella, sottovalutata dagli studi, del lavoro di fabbrica¹⁰⁶. Secondo il censimento industriale del 1951, il 32% degli operai manifatturieri – cioè quasi un terzo – era costituito da donne¹⁰⁷.

Il perpetuarsi della marginalità produttiva delle donne fu in questi anni una «profezia che si autoavvera», a causa della loro concentrazione nei settori a più alta intensità di lavoro, meno meccanizzati, meno dipendenti da sistemi di trasporto che potevano essere bloccati con gli scioperi. Ma la domanda e l'offerta di lavoro femminile crebbero più rapidamente che altrove in molte aree. Lo sviluppo del terziario si concentrò soprattutto nel settore privato del Centro-Nord, dove aumentarono le commesse del piccolo commercio e dei grandi magazzini, le impiegate esecutive con funzioni amministrative, le segretarie, le cassiere, le dattilografe, le addette ai servizi alle imprese – come le pulizie negli uffici e negli

¹⁰³ ASQUER, *Storia intima*, cit., p. 132.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ R. SARTI, *Da serva a operaia? Trasformazioni di lungo periodo del servizio domestico in Europa*, in *Polis. Ricerche e studi su società e politica in Italia*, 1/19 (2005), pp. 91-120.

¹⁰⁶ E. BETTI, *Il lavoro femminile nell'industria italiana. Gli anni del boom economico*, in *Storicamente*, 2010, *Studi e ricerche*, http://storicamente.org/lavoro_femminile_donne, sito consultato il 15 luglio 2020.

¹⁰⁷ E. BETTI, *Le donne licenziate per rappresaglia politico sindacale a Bologna (1948-1955)*, in, *Senza giusta causa. Le donne licenziate per rappresaglia politico-sindacale a Bologna negli anni Cinquanta. Una storia dimenticata di donne tra discriminazioni e coraggio*, a cura di E. Betti e E. Giovannetti, Bologna, 2014, pp. 19-144, p. 45.

alberghi – e alla persona – come le lavanderie e i parrucchieri¹⁰⁸. Processi già avviati in gran parte dal fascismo, che tuttavia trovavano uno spazio più ampio nel quadro della democratizzazione dell'Italia repubblicana.

10. *Dai movimenti al nuovo diritto di famiglia.* - Se è vero che le Costituzioni socialiste nacquero dal basso, dai conflitti e dalle rivolte della prima metà del Novecento, anche la parità giuridica fra uomini e donne non si sarebbe realizzata senza i movimenti che ebbero luogo dal 1968 ai primi anni Settanta. Attuando il dettato dei principi fondamentali della Costituzione, negati dall'articolo 37, e superando le norme del Codice civile fascista del 1942, la legge 151 del 1975 rese le madri pari ai padri nell'esercizio della potestà sui figli.

La correzione del Codice civile del 1942 eliminava le norme che attribuivano al marito le principali scelte familiari, a partire dalla residenza. Particolarmente importante per la storia del lavoro fu il nuovo articolo 24, che cancellava il fondamento giuridico della domesticità femminile. Recitava l'articolo 24: «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti ed assumono i medesimi doveri [...]. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alle proprie capacità di lavoro, professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia»¹⁰⁹.

La legge equiparava gli sposi portando a 18 anni l'età minima delle nozze; attribuiva inoltre alle mogli il pieno diritto ereditario, condiviso con i figli, sui beni del coniuge. La parità si estendeva all'impresa familiare, dove la moglie abbandonava il generico profilo della coadiuvante per avvicinarsi alla figura dell'imprenditrice socia, con il diritto di partecipare agli utili e alle decisioni aziendali.

L'azione legislativa, a partire dagli anni Settanta, riformò molti altri ambiti della vita femminile, contrastando discriminazioni private e pubbliche. Emerse in questo quadro un'altra netta rottura con la tradizionale visione del lavoro femminile: dopo il miglioramento e l'estensione della legislazione di tutela delle lavoratrici madri operato dalla legge Anselmi del 1971, nel dicembre 1977 veniva approvata la legge 903, detta comunemente «di parità». Essa dava attuazione alle direttive della Comunità europea in materia di parità salariale e di pari trattamento di lavoratori e lavoratrici in tutte le fasi della vita lavorativa, dalla formazione professionale alla cessazione dei rapporti di lavoro. Un altro significativo risultato fu l'abrogazione delle norme di tutela del lavoro femminile del primo Novecento, che impedivano alle donne di svolgere lavori particolarmente pesanti e faticosi, salvo il divieto del lavoro notturno, divenuto tuttavia derogabile attraverso la contrattazione collettiva¹¹⁰.

¹⁰⁸ BETTI, *Il lavoro femminile nell'industria*, cit.

¹⁰⁹ Legge del 19 maggio 1975, n. 151, art. 24, in «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», 135, 23 maggio 1975.

¹¹⁰ *Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia*, a cura della Fondazione Nilde Iotti, p. 73.

Esaurita la fase della tutela, gli anni Novanta introdussero un'attenzione alla differenza di genere di tipo nuovo, finalizzata a realizzare una maggiore inclusione. Superando il principio giuridico dell'uguaglianza formale, con lo scopo di ottenere un'uguaglianza sostanziale, si diede nuova legittimità a un «diritto diseguale», ribaltato a favore del genere che risultava discriminato¹¹¹. Di qui la legge 125 del 1991 sulle azioni positive e il decreto legislativo 196 del 2000, che disegnarono funzioni e competenze delle consigliere e dei consiglieri di parità e piani di azioni positive nelle amministrazioni pubbliche, per promuovere l'inserimento delle donne «nei settori e nei livelli professionali nei quali esse sono sottorappresentate».

Questo tipo di azione legislativa non mancò di suscitare discussioni e resistenze, ma è oggi riconosciuta nella sua legittimità dall'articolo 23 della Carta europea dei diritti fondamentali. Altre importanti innovazioni furono introdotte dalla legge Turco dell'8 marzo 2000, n. 53, che, oltre ad estendere il congedo di maternità alle lavoratrici autonome e alle donne non occupate, introdusse il diritto a 10 mesi complessivi di congedo parentale, nei primi 8 anni di vita dei bambini, premiando con un mese di congedo in più la possibilità che ne usufruisse il padre¹¹². La Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1, infine, cambiò l'articolo 51 della Costituzione, stabilendo che tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, e che la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità fra uomini e donne. Tutte queste conquiste femminili convivono oggi, tuttavia, con un testo costituzionale che all'articolo 37 ribadisce l'«essenziale funzione familiare delle donne».

La rivoluzione giuridica degli anni Settanta fu accettata dalla parte della società italiana più aperta e laica, più a contatto con i movimenti di opinione e i *media*, ma una corrente profonda di rifiuto dell'autonomia femminile continuò ad attraversare il paese: le *élites* culturali femministe restarono isolate, in un contesto eterogeneo per orientamenti culturali e livelli di modernità.

11. *Gli stereotipi di genere: mutamenti e persistenze.* - Possiamo immaginare, in questa cornice, una significativa e rapida trasformazione paritaria della divisione dei ruoli di genere? Le tendenze recenti hanno un segno ambiguo; la crescita dell'occupazione femminile negli anni successivi alla crisi è stata superiore a quella maschile, messa fortemente a rischio dal ridimensionamento dell'industria, ma è stata comunque estremamente debole. Le difficoltà economiche italiane sembrano concretizzarsi, ormai da anni, nella resistenza e nell'intreccio di valori e comportamenti tradizionali sui temi delle funzioni della famiglia e sul ruolo che in essa hanno le donne.

¹¹¹ BALLESTRERO, *Parità e oltre*, cit.

¹¹² Legge dell'8 marzo 2000, n. 53, Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 60, 13 marzo 2000.

Un'indagine ISTAT del 2018¹¹³, sugli stereotipi di genere, ha fatto emergere un quadro mosso e articolato, ma ancora legato a schemi di genere asimmetrici. Il 58% degli intervistati condivide qualcuno degli stereotipi suggeriti dal questionario. Quasi un terzo, con una sovrarappresentazione in alcuni sottogruppi significativi, fa propri i singoli stereotipi legati all'ideologia del *male breadwinner*: il 31,5% condivide l'assunto che «gli uomini sono meno adatti a occuparsi delle faccende domestiche». Il 27,9% si allinea sulla formulazione «è l'uomo a dover provvedere alle necessità economiche della famiglia». Molto meno diffuso è invece il consenso sulla frase «spetta all'uomo prendere le decisioni più importanti riguardanti la famiglia» (8,8%).

Questi stereotipi guadagnano più consensi nel Mezzogiorno, dove il 67,8% degli intervistati ne condivide almeno uno, e meno al Nord-est (52,6%) e sono più diffusi con il crescere dell'età (65,7% dei 60-74enni e 45,3% dei giovani). Ha infine una notevole influenza il livello di istruzione: li condivide il 79,6% delle persone senza titolo di studio o con licenza elementare, contro il 45% dei laureati. Le differenze nelle rappresentazioni di uomini e donne non sono radicali, ma aumentano nel meridione, suggerendo che le giovani donne, in contesti carichi di difficoltà economiche, afflitti dalla disoccupazione, attestati su forme di razionamento del lavoro a favore degli uomini, si distaccano dai valori maschili, creando tensioni di genere, esplicite o latenti.

L'analisi che abbiamo svolto delle singole variabili – età, genere, istruzione, collocazione nel territorio – consente di individuare i freni che hanno bloccato in questi anni il cambiamento culturale, e che continueranno a farlo, presumibilmente, nel prossimo futuro. Le differenze economiche e culturali fra Nord e Sud tardano ad attutirsi, per motivi sociali e politici complessi, impossibili da richiamare in questa sede. Sul piano culturale possiamo ricordare la persistenza di una religiosità tradizionale e la minore consistenza della popolazione con alti livelli di istruzione; l'orientamento innovativo delle giovani laureate resta dunque drammaticamente isolato¹¹⁴. La crescita dei livelli d'istruzione, d'altra parte, è lenta anche nelle altre aree del paese, soprattutto tra i giovani maschi, oltre che per lo scarso impegno delle politiche nel sostenerla, per un motivo strutturale, legato alla scarsa domanda di personale con alti livelli di istruzione espressa dalle piccole imprese nazionali. Quanto alla struttura per età della popolazione, quella italiana è anziana, e il declino continuo dei tassi di fecondità non permette di intravedere un'inversione di tendenza. Una parte consistente degli italiani resta dunque attaccata all'ancora rassicurante del modello *male breadwinner*, soprattutto se vive nel Sud, se ha un livello di istruzione inferiore alla laurea, se ha un'età avanzata.

La crisi causata dalla diffusione globale del virus Covid-19, fra la fine del 2019 e il 2020, infine, ha avuto conseguenze pesanti in termini di disagio femminile: vi è

¹¹³ Reperibile al link <https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report-stereotipi-di-genere.pdf>, consultato l'11 giugno 2023.

¹¹⁴ F. RAMELLA, *Fra tradizione e cambiamento Valori e atteggiamenti dei siciliani nella sfera privata e in quella pubblica*, in *Working Papers Res*, 2013, pp. 1-37.

stata un fortissimo ridimensionamento dell'occupazione nei settori, molto femminilizzati, dei servizi all'infanzia, della scuola, dell'accoglienza turistica, del commercio al dettaglio, mentre una parte dell'industria, più maschilizzata, ha continuato a essere attiva. Gran parte dei contratti a tempo determinato, soprattutto femminili, non è stata rinnovata. Il "ritorno a casa" è stato anche una risposta delle donne alle accresciute necessità di cura delle famiglie: costrette e insieme volenterose, le donne hanno offerto più servizi ai mariti, ai figli, ai parenti anziani. La loro «funzione familiare» è apparsa di nuovo «essenziale», «naturale»; sono state numerose, nonostante la crisi del lavoro, le dimissioni volontarie delle occupate del settore privato, travolte dalla difficoltà di una conciliazione impossibile in assenza di sostegni e servizi per l'infanzia¹¹⁵: una situazione che rivela la persistenza di un bagaglio di vincoli organizzativi e di obbligazioni morali forti, che frenano il dispiegarsi di una reale autonomia economica delle donne.

¹¹⁵ Vedi ad esempio *Le equilibriste. La maternità in Italia 2020*, Roma, 2020, a cura di E. Scanu Ballona, e in particolare Cap. 5, *Essere mamma ai tempi del Coronavirus*.

ESSERI UMANI IN RETE

Liberi utenti informatici o deboli consumatori?

ALESSIA GANZAROLI*

La perdita di concretezza dell'essere umano è un fenomeno che sta assumendo dimensioni sempre più ampie a causa della pervasività delle nuove tecnologie. Quella dell'utente informatico è una delle forme che l'individuo sceglie per esprimere la propria personalità e, tuttavia, non sempre è libero come dovrebbe. La gestione quasi esclusivamente privata della rete ha degradato quella libertà in debolezza consumeristica senza garantire la tutela adeguata. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta ma occorre che la comunità internazionale rifletta. È davvero sufficiente una disciplina di settore? Dietro l'utente - informatico o consumeristico - vi è una persona i cui diritti fondamentali devono essere garantiti dallo Stato; ciò è possibile solo quando l'ordinamento non scenda a patto con gli attori privati ma eserciti la propria sovranità su di essi, garantendo il rispetto dei principi costituzionali.

The loss of concreteness of the human being is a phenomenon that is assuming ever wider dimensions due to the pervasiveness of new technologies. The computer user is one of the forms that the individual chooses to express his personality and, however, it is not always as free as it should be. The almost exclusively private management of the network has degraded that freedom into consumerist weakness without, however, guaranteeing it adequate protection. The Court of Justice of the European Union has intervened, but the international community needs to reflect. Is a sectoral regulation enough? Behind the user - computer or consumerist - there is a person whose fundamental rights must be guaranteed by the State; this is possible only when the legal system does not come to terms with private actors but exercises its sovereignty over them, guaranteeing respect for constitutional principles.

SOMMARIO: 1. La nascita delle nuove tecnologie. – 2. La persona e l'utente: una progressiva dematerializzazione. – 3. Libero utente o debole consumatore? – 4. L'intervento normativo europeo. – 5. La necessaria sinergia tra discipline. – 6. Esseri umani in rete.

1. *La nascita delle nuove tecnologie.* – L'indagine volta a comprendere il ruolo dell'umanità nell'universo è stata, sin da epoche lontane, spunto di riflessioni complesse e importanti. Gli studiosi, progressivamente, hanno definito

* Dottoressa in Giurisprudenza, laureata presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2023 A. Ganzaroli. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI: <https://doi.org/10.36253/lng-xxxx>

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

«rivoluzionarie» le scoperte che hanno determinato un cambiamento epocale per la società ma, soprattutto, per la persona. È stata quest'ultima a rappresentare il *fil rouge* della narrazione storica fino ad oggi. Un simile fenomeno si è verificato anche nella storia giuridica che, a lungo, ha inseguito i bisogni concreti dell'uomo perché ritenuti fattori determinanti per fissarne l'esistenza nel mondo. Gli avvenimenti bellici del secolo scorso e il relativo sviluppo tecnologico hanno impattato inevitabilmente anche su questa concezione antropocentrica, determinando l'avvio di una quarta rivoluzione, quella dell'infosfera¹.

Il rapporto che intercorre tra i due elementi appena menzionati trova le proprie basi nella circostanza che, tradizionalmente, gli Stati hanno incrementato i fondi destinati alla ricerca scientifica durante i conflitti militari al fine di trovare soluzioni che consentissero loro di ottenere un vantaggio sui nemici. Questo fenomeno è stato particolarmente evidente durante la seconda guerra mondiale quando gli studiosi, su richiesta dei propri governi, hanno sviluppato i primi calcolatori per rispondere alle necessità derivanti dal conflitto. In particolare, la Germania aveva adottato una forma di comunicazione crittografata, comprensibile, cioè, solo per coloro che fossero in possesso di una specifica chiave di interpretazione. L'idea di avvalersi di una tecnica del genere non fu particolarmente innovativa; le prime forme di crittografia, infatti, risalgono fino alla cultura micenea² e quella conosciuta ai più è, comunque, il cifrario di Cesare³. Al di là delle origini storiche, l'utilità che derivava da questa scelta era chiara: l'esercito tedesco poteva agire senza che fosse possibile, per gli altri, prevederne gli spostamenti. Lo strumento adottato dai nazisti per poter comunicare con questa modalità era Enigma: la sua struttura permetteva di modificare l'alfabeto di riferimento ogni volta che veniva digitata una lettera. I destinatari del messaggio riuscivano a comprenderne il significato grazie ad un "riflessore" che restituiva immediatamente il testo in chiaro, dato che la struttura era la medesima per tutte le macchine. I nemici, d'altro canto, non potevano capire il contenuto del messaggio se non dopo aver intuito quale fosse il cifrario di riferimento; ciò era possibile dopo un lungo periodo, sufficiente, secondo l'esercito tedesco, a svelare solo i messaggi risalenti nel tempo e non quelli attuali⁴. In realtà, le debolezze del sistema adottato dai tedeschi furono molte, tanto che, a loro insaputa, gli Alleati avevano iniziato a prendere nota del significato delle loro comunicazioni già dal 1942⁵. Le sorti della guerra, però, furono definitivamente rovesciate da un altro

¹ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

² Cfr. S. SINGH, *The Code Book: The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography*, New York, 1999, trad. it. *Codici & segreti: la storia affascinante dei messaggi cifrati dall'antico Egitto a Internet*, Milano, 2011.

³ Cfr. SVETONIO, *Vite dei Cesari*, I, Milano, 2004, p. 56, e A. HODGES, *Storia di un enigma. Vita di Alan Turing, 1912-1954*, Torino, 1991, p. 214.

⁴ La descrizione del funzionamento è stata semplificata per ragioni di esposizione. Per maggiori dettagli cfr. R. BETTI, *Enigma*, unibocconi.eu, <https://matematica.unibocconi.eu/articoli/enigma>, 23 maggio 2023.

⁵ *Ibidem*.

elemento: il calcolo computazionale, il cui padre è Alan Turing. Il matematico britannico, insieme ad un gruppo di esperti, si avvale della computazione automatica per decifrare in maniera immediata le comunicazioni tedesche grazie agli algoritmi, determinando la vittoria degli Alleati⁶.

Nei decenni immediatamente successivi, complice il clima di tensione che ancora si respirava nel mondo a causa della Guerra Fredda, gli scienziati implementarono gli studi che mettevano in relazione l'uomo e la macchina. Fondamentale fu il contributo di Norbert Wiener, che teorizzò una nuova scienza, la cibernetica⁷. Non solo; in Italia, Mario Losano si soffermò sulla rilevanza della giuscibernetica, sottolineando la centralità del diritto in un ambito apparentemente così settoriale⁸.

Un vero e proprio cambio di passo si ebbe, però, solo negli anni a cavallo tra il Novecento e il Duemila. In questo periodo, infatti, la connessione alla rete fu resa accessibile a chiunque fosse dotato di un computer; ciò spinse i produttori di dispositivi elettronici ad ampliare il novero di *device* capaci di navigare online. Nacque, così, il fenomeno dell'*Internet of Things*, definito come «un insieme di dispositivi reciprocamente connessi [...] che consente la trasmissione dei dati attraverso Internet senza che ci sia bisogno d'interazione tra persone o tra persone e computer»⁹.

È innegabile che l'IoT abbia segnato una svolta nella vita di gran parte della popolazione mondiale; la facilità di utilizzo degli strumenti, la loro rapidità ma, soprattutto, la comodità che ne deriva ha favorito l'adozione di una diversa prospettiva. I bisogni dell'uomo, oggi, non solo si sono adattati al nuovo scenario ma hanno modificato la propria configurazione a causa della dipendenza provocata dalle tecnologie, soprattutto per via del meccanismo di *nudging*¹⁰ che pungola chi le utilizza a ritenerle, progressivamente, indispensabili.

2. *La persona e l'utente: una progressiva dematerializzazione.* – L'avvento dell'IoT e la dipendenza appena menzionata hanno reso gli esseri umani più impegnati nel mondo virtuale. Lo stesso concetto di persona fisica, forse l'elemento che più di tutti riesce a restituire l'idea di materialità, è stato trasposto in questo nuovo universo sotto forma di utente informatico. Quest'ultimo, tradizionalmente, era definito libero da ogni tipo di vincolo in quanto esistente e operante all'interno di un luogo privo delle basilari regole di convivenza che, invece, erano - e sono - presenti negli ordinamenti nazionali. Se questo è il punto di vista, solo l'essere, non più umano ma virtuale, poteva esprimere in assoluto la

⁶ Cfr. HODGES, *Storia di un enigma*, cit., pp. 212-316.

⁷ N. WIENER, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*, Cambridge, 1968, trad. it. *La cibernetica, Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina*, Milano, 1968.

⁸ Cfr. M. G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

⁹ M.D. GARASIC, *Leviatano 4.0. Politica delle nuove tecnologie*, Roma, 2022, p. 60.

¹⁰ R.C. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, London, 2009, trad. it. *Nudge: la spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009.

propria personalità. La trasposizione nel nuovo mondo ha coinvolto anche tutte le situazioni giuridiche soggettive di cui la persona era titolare; esse sono state ridotte a stringhe di codici binari associate all'utente in maniera estremamente precisa e puntuale grazie alla profilazione di cui oggi tutte le piattaforme si avvalgono. In poche parole, si sta assistendo ad una dematerializzazione dell'essere umano di cui è complice la crescente rilevanza della connessione ad internet su scala mondiale¹¹.

Alla luce di queste considerazioni, molti giuristi si sono chiesti se l'utente fosse effettivamente libero come era stato supposto inizialmente e, soprattutto, se non dovessero introdursi anche nel mondo virtuale quelle regole di convivenza che negli ordinamenti si traducono in principi costituzionali, soprattutto perché «la legittimazione sociale della tecnologia [...] non può essere affidata soltanto all'imperativo della sicurezza o alla logica dell'efficienza economica. Deve essere sempre misurata con il metro della democrazia e del rispetto della persona»¹².

È in questa direzione che si è mossa la Commissione per i diritti e i doveri in Internet, costituita nel 2015 presso la Camera dei deputati che ha pubblicato la Dichiarazione dei diritti in Internet. Si tratta di un progetto che ha coinvolto anche altri Stati; tuttavia, quello italiano si distingue perché ha lo scopo di «individuare i principi e i diritti tipici della dimensione digitale, sottolineando non solo le loro specificità, ma il modo in cui essi contribuiscono in via generale a ridefinire l'intera dimensione dei diritti»¹³. Fulcro centrale¹⁴, che cerca di ribadire quella libertà originaria dell'utente informatico, è il principio di *net neutrality*, di cui all'articolo 4: «ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze [...]»¹⁵.

3. *Libero utente o debole consumatore?* - Il principio di *net neutrality* è stato un ottimo punto di partenza ma non si può affermare certo che sia stato un traguardo raggiunto. Come già detto, i costi del progresso sono molto elevati e richiedono finanziamenti ingenti di cui gli Stati non sempre dispongono. A fronte della mancata o rallentata attività da parte degli organi pubblici, nel settore privato ci sono state società che hanno agito tempestivamente. Sin dagli anni '70,

¹¹ Cfr. B. STIEGLER, *La société automatique. 1. L'avenir du travail*, Paris, 2015, trad. it. *La società automatica, 1. L'avvenire del lavoro*, Milano, 2019, pp. 237-284 e B. STIEGLER, *De la misère symbolique. 1. L'époque hyperindustrielle*, Paris, 2004, trad. it. *La miseria simbolica. 1. L'epoca iperindustriale*, Milano, pp. 79-116.

¹² S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Notizie di Politeia*, 2006, XXII, 82, pp. 177-182.

¹³ ID., *Verso una Dichiarazione dei diritti di Internet*, consultabile in https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload_file/upload_files/000/000/193/Internet_Libe.pdf, 9 maggio 2023.

¹⁴ Cfr. AGCOM, *La neutralità della rete*, consultabile in www.agcom.it/la-neutralita-della-rete, 11 aprile 2023.

¹⁵ COMMISSIONE PER I DIRITTI E I DOVERI IN INTERNET, *Dichiarazione dei diritti in Internet*, consultabile in https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf, 6 giugno 2023, p. 6.

infatti, alcune di quelle che oggi sono definite GAFAM¹⁶ hanno investito somme importanti nella conoscenza, sviluppo e produzione di hardware, software e tutte le tecnologie ad essi connesse. La disponibilità economica unita alle capacità scientifiche e all'intuizione di questi soggetti li ha resi i principali fautori dello sviluppo che si è verificato negli anni, permettendo loro di conquistarsi una posizione di vantaggio rispetto a tante altre realtà, pubbliche e private.

Questa attività ha reso possibile anche un'azione autonoma e libera da ogni vincolo normativo proprio perché gli ordinamenti non sono riusciti a sostenere lo stesso passo; anzi, in alcuni frangenti, sono stati proprio gli Stati a favorire l'assunzione di questa posizione di dominio per via dei vantaggi economici che ne derivavano. Ulteriore conseguenza dell'assenza statale è stata la possibilità, per le società, di ottimizzare al massimo i profitti, innescando un circolo vizioso che oggi è molto difficile da interrompere.

A primo impatto, tuttavia, non è di immediata comprensione l'origine dei vantaggi economici di queste piattaforme dal momento che il loro utilizzo è stato a lungo definito gratuito. In realtà, il corrispettivo esiste ed è anche particolarmente gravoso per l'utente perché è rappresentato dai dati. Si è già detto che l'associazione delle stringhe binarie al singolo è possibile grazie alla profilazione che permette al *surfer* di godere in maniera piena dei servizi offerti dalla rete grazie alle informazioni che lo stesso cede, più o meno consapevolmente. Alla profilazione si accompagna il *data mining*, l'estrazione di informazioni e conoscenze approfondite a partire dai dati raccolti dalle piattaforme¹⁷. Tutte queste operazioni sono rese possibili grazie all'utilizzo di algoritmi che lavorano in una direzione stabilita dal relativo proprietario – in questo caso le piattaforme – permettendo di mantenere salda la propria posizione economica e, addirittura, ampliarla.

Emerge, in sostanza, un quadro in cui si parla di professionisti che si occupano di fornire un servizio a soggetti che non sono esperti del settore - gli utenti - a fronte del pagamento di un corrispettivo (non il classico denaro ma questo nuovo petrolio¹⁸). Tale definizione riporta alla mente, in modo inevitabile, la disciplina consumeristica. Se, come si ritiene da parte di chi scrive, una simile analogia è possibile, quel libero utente informatico, tanto plaudito in anni passati, oggi è un consumatore, talvolta estremamente debole.

È, però, difficile immaginare che il mercato delle nuove tecnologie riesca in futuro ad assumere una connotazione realmente pluralistica, offrendo delle

¹⁶ L'acronimo indica le società Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft, che sono state fra le prime ad investire in ambito tecnologico, tutte statunitensi. Oggi non è corretto citare solo queste come società fondamentali del settore dato che hanno assunto estrema rilevanza anche altri Paesi, in particolare la Cina.

¹⁷ Cfr. A.C. NAZZARO, *L'utilizzo Dei Big Data E I Problemi Di Tutela Della Persona*, in *Rassegna Di Diritto Civile*, 2018, 4, pp. 1239-1261.

¹⁸ Analogia offerta da Clive Humby nel 2006, Cfr. M. NOVARINI, *Viaggio dentro il data center italiano che punta all'impatto zero*, consultabile in <https://forbes.it/2021/04/29/data-center-italiano-punta-impatto-zero/>, 9 maggio 2023.

alternative competitive rispetto alle tradizionali *big tech companies*, così come invece auspicherebbe la normativa di settore. L'importanza che ha assunto l'esperienza¹⁹ rende ancora più difficile interrompere questo ciclo; l'utente, infatti, nel momento in cui si avvale di un certo servizio è disposto a conferire sempre più dati per avere la migliore esperienza possibile, aumentando i profitti di quella piattaforma e consolidandone la posizione economica all'interno del mercato.

4. *L'intervento normativo europeo.* – L'Unione Europea ha cercato di rimediare a questo dissoluto sfruttamento dei dati personali dei cittadini attraverso l'emanazione di un Regolamento fondamentale, il General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR). Si tratta di un provvedimento che è stato accolto con grande soddisfazione perché ha adottato un livello di tutela uguale in tutti gli Stati, disciplinando numerosi aspetti. Fra questi, fondamentali risultano gli obblighi informativi a cui i titolari devono adempiere per garantire la loro *accountability*: chiunque si trovi a maneggiare i dati degli utenti non solo, dunque, deve rispettare la normativa ma deve essere anche in grado di dimostrarlo²⁰. Un secondo tema di cui il Regolamento si occupa è quello della consapevolezza e attenzione degli interessati (gli utenti). A tal fine, il Considerando 32 definisce il consenso nei suoi requisiti fondamentali. È opportuno soffermarsi proprio su quest'ultimo aspetto. La disciplina in questione è improntata alla responsabilizzazione di professionisti e utenti e si applica in maniera uniforme, a prescindere dal livello di competenze digitali possedute dai cittadini dei singoli Stati. Il problema sorge guardando l'Indice di Digitalizzazione dell'Economia e della Società (DESI) del 2022 che colloca l'Italia al 18° posto nella scala generale e al 25° in quella basata sul fattore 'capitale umano'. Al di là della situazione patologica italiana, poi, sussistono gravi carenze in tutta Europa²¹; sorge spontaneo, dunque, chiedersi quanto consapevole possa essere il consenso.

Queste considerazioni non fanno altro che alimentare le criticità che emergono dalla lettura delle successive disposizioni regolamentari. È il caso dell'articolo 22. Al paragrafo 1 si sancisce il diritto per l'interessato di non essere sottoposto a una «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato [...] che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Al paragrafo immediatamente successivo, però, sono elencate alcune eccezioni importanti: tra queste, la lettera c) che rende possibili processi decisionali interamente automatizzati in presenza di un consenso esplicito dell'interessato. In questa prima ipotesi, i dubbi di cui sopra si fanno ancora più forti e rendono questa disposizione particolarmente problematica.

Un secondo caso è quello dell'articolo 6 del Regolamento che, al primo paragrafo, lett. f) ritiene lecito il trattamento in presenza di un interesse legittimo

¹⁹ Cfr. G. RIVA, *I social network*, il Mulino, Bologna, 2010.

²⁰ Regolamento EU 2016/679 (General Data Protection Regulation), art. 5, par. 2.

²¹ Cfr. DESI (2022), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/countries-digitisation-performance>, 6 giugno 2023, p. 14.

del titolare dello stesso, senza menzionare la necessità del consenso del suo destinatario. In questo caso, la criticità è rappresentata dal concetto di interesse legittimo entro cui possono essere ricondotte diverse circostanze; il rischio finale è quello di assoggettare l'interessato alla volontà del titolare. Il basso livello di competenze digitali dovrebbe essere una giustificazione ulteriore per ampliare le maglie della tutela, restringendo le possibilità di trattamento dei dati senza consenso, pur dovendo continuare a lavorare sulla consapevolezza di quest'ultimo.

Quelle citate sono solo alcune delle questioni che hanno spinto i giuristi a domandarsi se la disciplina adottata nel 2016 non risulti già datata; la velocità degli sviluppi tecnologici, infatti, sembra rendere necessario un nuovo intervento normativo che si occupi di guardare il contesto generale per consentire agli Stati di agire efficacemente.

Se, però, come anticipato sopra, l'utente informatico è un consumatore, occorre che nello scenario descritto intervenga anche la disciplina di cui alla direttiva 93/13/CEE, recepita in Italia con il decreto legislativo 206/2005. La rilevanza del GDPR e della normativa consumeristica è di immediata comprensione; più difficile, a primo impatto, è giustificare il motivo per cui davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sia stato menzionato l'abuso di posizione dominante di cui alla L. 287/1990. Il quesito appena posto trova risposta in una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 4 febbraio 2005, n. 2207. Senza soffermarsi sui fatti, ai fini del presente articolo risulta fondamentale il dispositivo in diritto i.f., che chiarisce che la L. 287/1990 è «da legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

Al contrario di quanto era stato ritenuto in precedenza²², dunque, il destinatario della tutela offerta dalla suddetta legge è anche il consumatore, in quanto «chiude la filiera che inizia con la produzione del bene»²³.

5. *La necessaria sinergia tra discipline.* – Una volta chiarita la rilevanza di queste tre discipline per l'utente-consumatore, per il quale potrebbe essere coniato il termine *consuser* così da sottolineare tale sovrapposizione, risulta pienamente condivisibile l'indirizzo adottato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in occasione del caso C-319/20²⁴.

La vicenda trae origine da una controversia che vede protagonisti Meta (prima Facebook) e l'Unione federale dei consumatori tedeschi. Accadeva che su Facebook fosse presente un'applicazione di gioco in cui soggetti terzi mettevano a disposizione i propri software per gli utenti della stessa. Tra le contestazioni mosse

²² Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475.

²³ Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2002, n. 2207.

²⁴ CGUE, 28 aprile 2022, *Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, C-319/20, EU:C:2022:322.

dai rappresentanti dei consumatori figurava quella per cui chi ne usufruiva, una volta che cliccava sul banner ‘gioca’, veniva informato circa le relative condizioni di trattamento dei dati personali ma non gli veniva richiesto esplicitamente il consenso; esso era desunto in maniera automatica nel momento in cui l’utente iniziava il gioco. Tale condotta violava non soltanto il GDPR ma anche il diritto consumeristico tedesco²⁵. L’Unione federale dei consumatori, a quel punto, aveva proposto un’azione di carattere inibitorio. Meta obiettava che i ricorrenti non fossero dotati di legittimazione ad agire con un’azione del genere a fronte della violazione del GDPR perché nessuna persona fisica identificata o identificabile aveva lamentato un pregiudizio, come invece è richiesto dall’articolo 4, paragrafo 1 del Regolamento. Nonostante il Tribunale del Land di Berlino e il Tribunale Superiore del Land di Berlino avessero già accolto le istanze promosse dall’Unione federale dei consumatori, Meta ha deciso di ricorrere davanti alla Cassazione tedesca; quest’ultima ha ritenuto opportuno rinviare il caso ai giudici europei. Tra i motivi del rinvio, quello principale riguarda il dubbio instillatosi nei magistrati tedeschi derivante dal fatto che la lettera del Regolamento, in un primo momento, parla solo di interessato; è solo successivamente, all’articolo 80, che ammette la possibilità per gli stessi di farsi rappresentare da organizzazioni o associazioni.

In questa occasione, la Corte ha avuto modo di affermare in maniera netta la legittimazione ad agire con un’azione inibitoria in capo all’Unione federale, anche in assenza di specifico pregiudizio; l’articolo 80, infatti, deve essere interpretato in maniera tale da permettere agli organismi posti a tutela dei consumatori di operare in caso di violazione del GDPR nel momento in cui quest’ultima si accompagna a, derivi da o determini il mancato rispetto del diritto consumeristico. Se l’utente informatico è obbligato a pagare un prezzo, quello dei dati, per avere accesso ai servizi offerti dalla piattaforma Facebook, allora necessariamente queste due discipline devono agire in sinergia per garantire una tutela piena ed effettiva, così come sancito dall’articolo 47 della Carta di Nizza.

Un secondo caso, la cui rilevanza si evince già dalle conclusioni dell’Avvocato generale della Corte (che ancora non si è pronunciata), vede nuovamente protagonista Meta Platforms e l’Autorità federale tedesca garante della concorrenza²⁶. Nel caso di specie, il Garante aveva richiesto e ottenuto dal Tribunale regionale superiore di Düsseldorf il divieto per Meta di continuare nel trattamento dei dati degli utenti di Facebook in violazione del GDPR. La rilevanza del diritto consumeristico e, in particolare, della legge contro le restrizioni della concorrenza²⁷ è emersa nel momento in cui l’Autorità ha sostenuto che il mancato

²⁵ Art. 3, par. 1, Legge contro la concorrenza sleale del 3 luglio 2004 (BGBl. 2004, pag. 1414).

²⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale Athanasios Rantos, 20 settembre 2022, causa pendente davanti alla CGUE, *Meta Platforms Inc., già Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH contro Bundeskartellamt con l’intervento di: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, C-252/21, EU:C:2022:704.

²⁷ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* che trova il proprio corrispondente italiano nella citata L. 287/1990.

rispetto della normativa in tema di protezione dei dati sarebbe stato dovuto dalla posizione dominante in cui la piattaforma in questione si trova. Infatti, gli utenti, una volta cliccato sul banner ‘iscriviti’, acconsentirebbero, senza saperlo, non solo al trattamento dei dati da parte di Facebook ma anche di tutti quelli ad esso collegati, la maggior parte dei quali di proprietà di Meta (ad esempio Instagram e WhatsApp).

Anche in questo caso, in prima battuta Meta ha opposto la mancanza di legittimazione ad agire in capo all’Autorità; più interessante, però, è la difesa che tocca il merito della questione. L’Avvocato generale della Corte si è già espresso con il proprio parere sottolineando le problematicità del caso, soprattutto l’interpretazione dell’articolo 6, par. 2, GDPR.

Come già accennato, quest’ultimo si occupa di disciplinare le ipotesi in cui il trattamento di dati possa avvenire anche in mancanza del consenso del destinatario. Tra le ipotesi elencate figura la lettera f) che acconsente ad una simile possibilità in caso di legittimo interesse del titolare del trattamento, in questo caso Facebook. Nella definizione di legittimo interesse può essere ricompreso quello che Meta ha nel trattare dati per offrire all’utente-consumatore la migliore esperienza possibile e, quindi, farlo rimanere e/o tornare sulla piattaforma. La difficoltà di interpretazione nasce, principalmente, dal fatto che al Considerando n. 47 del GDPR tra i casi di legittimo interesse rientrano anche le operazioni di *marketing* diretto. La Corte, quindi, dovrà capire se, nel momento in cui Meta ha compiuto l’attività di profilazione, la società agiva nell’ambito di operazioni di *marketing* diretto, per le quali non è richiesto il consenso o se, invece, questo sia necessario dal momento che non si possono far ricadere sull’utente le politiche di gestione delle società²⁸. Quest’ultima soluzione è quella che tutelerebbe maggiormente il consumatore; tuttavia, ci si troverebbe di fronte ad un’*impasse* che la Corte dovrebbe risolvere.

6. *Esseri umani in rete.* – Alla luce di questi nuovi casi, insomma, le discipline di settore sembrano essersi aperte al dialogo le une con le altre ma la strada è ancora molto lunga. Il confronto a cui si è dato avvio in questi anni deve proseguire ed è necessario che non sia ristretto all’ordinamento pubblicitario ma che tenga conto anche dei privati per la pluralità di considerazioni che sono già emerse circa la loro importanza in ambito tecnologico. Ciò non vuol dire che il primo dovrà accettare passivamente le condizioni imposte dai secondi; questo priverebbe lo Stato della propria sovranità ma, soprattutto, i cittadini dei loro diritti. Al contrario, l’inclusione delle *big tech companies* ma, soprattutto, degli esperti di mercato permetterebbe agli ordinamenti di comprenderne anticipatamente le necessità e gli sviluppi, adottando una disciplina che sia realmente efficace. È importante chiarire che per raggiungere questo obiettivo non

²⁸ Questi ultimi spunti di riflessione sono emersi durante un seminario tenuto dai professori Giuseppe Vettori, Stefano Pagliantini e Hans Wolfgang Micklitz in data 20 ottobre 2022 durante il corso di Diritto Civile, presso la Scuola di Giurisprudenza all’Università degli Studi di Firenze.

è possibile, né auspicabile, frenare questo progresso. È, però, un bisogno urgente data l'essenzialità che questi nuovi mezzi sono arrivati ad assumere, soprattutto perché diventati necessari anche per il godimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

Valutazioni di questo ordine erano state compiute da un crescente numero di giuristi sin dagli anni '70²⁹ ma è solo con l'avvento dell'emergenza pandemica che il mondo intero ha dovuto prendere atto di ciò. In questi ultimi tre anni, l'uso della rete Internet e di *device* elettronici ha permesso a larga parte del corpo studentesco di proseguire l'anno scolastico o accademico; tanti impiegati hanno potuto continuare a lavorare tramite il computer che avevano a casa, anche se ciò ha avuto delle ricadute drammatiche per quanto riguarda la sicurezza informatica dello Stato³⁰. Tutte queste considerazioni hanno spinto nel tempo la comunità a viaggiare sempre più sui binari degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, tanto che in diverse occasioni si è dovuti intervenire per limitare il numero di procedure esclusivamente automatizzate³¹.

La riconduzione a sistema dell'uso delle nuove tecnologie deve avvenire in modo che al centro della scena torni un valore essenziale, quello di umanità, trascurato negli ultimi 20 anni; lo impone l'incidenza che il progresso ha avuto sui rapporti tra esseri umani. In certi casi, infatti, i risultati ottenuti grazie all'impiego di alcune piattaforme sono stati molto positivi: si pensi alle catene di solidarietà che si sono realizzate in occasioni di eventi drammatici quali la pandemia o il più recente alluvione in Romagna, dove i cittadini si sono mobilitati grazie a canali Telegram dedicati³². Purtroppo, però, sono sempre più numerose anche le volte in cui l'impatto è stato negativo. Al di là delle fattispecie già introdotte nel codice penale nel 1993, il Parlamento ha ritenuto necessario intervenire per tutelare ulteriori aspetti, ancor più intimi della vita di ogni persona, con reati come la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, di cui all'art. 612-ter c.p. e la legge 71/2017 contro il cyberbullismo. Non solo questo; sono tanti gli avvenimenti determinati da un cattivo uso della rete, come le *challenge* che spingono i minori a compiere gesti sempre più estremi³³. Inoltre, è sufficiente leggere i commenti sotto ad un articolo di qualsiasi giornale per testare la violenza con cui tanti utenti si esprimono, senza preoccuparsi del peso delle parole perché il loro interlocutore non è fisicamente di fronte a loro. Insomma, se il senso di

²⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

³⁰ Cfr. Rapporto Clusit 2020, 2021, 2022.

³¹ Non solo il GDPR; si pensi al famoso caso Compas, Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2019, 8, pp. 87-106; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270.

³² Cfr. G. MENGOLINI, *Cesena, nell'epicentro dell'alluvione in Romagna tra soccorsi e solidarietà*, in <https://tg24.sky.it/cronaca/approfondimenti/aiuti-emilia-romagna-alluvione>, 24 maggio 2023.

³³ Cfr. A. MALLAMACI, *TikTok e le pericolose "challenge": bene il faro delle Autorità a tutela dei minori*, <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/tiktok-e-le-pericolose-challenge-bene-il-faro-delle-autorita-a-tutela-dei-minori/>, 24 maggio 2023.

umanità deve essere l'ago della bilancia, il peso degli eventi positivi deve superare quello delle conseguenze negative e attualmente non sembra essere sempre così.

Le stringhe di codici binari, che oggi contribuiscono a definire la nostra personalità, non possono né devono ridurre il valore dell'essere umano; al contrario, data l'importanza che la realtà virtuale ha assunto oggi, quei codici dovrebbero arricchire il ventaglio di diritti. Essi devono essere considerati, a tutti gli effetti, nuove articolazioni della personalità dell'individuo e come tali essere tutelati, innanzitutto, dall'articolo 2 della nostra Costituzione.

***NULLA SALUS EXTRA BOLLAM: IL PRINCIPIO DEL PLURALISMO
INFORMATIVO NELL'EPOCA DELLE ECHO CHAMBERS***

MATTEO PAOLANTI*

Nella nuova società digitale si ha l'impressione che il principio del pluralismo informativo venga sempre meno rispetto alle caratteristiche tracciate dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli ultimi decenni. Le c.d. Echo Chambers o "Bolle filtro" non fanno che ridurre progressivamente l'orizzonte dell'informazione che dovrebbe far capo ad ogni individuo, facendo sì che quest'ultimo sia sempre maggiormente condotto verso pochi canali di approvvigionamento di notizie, i quali non fanno che impoverire la conoscenza rispetto alla realtà circostante e, di conseguenza, il dibattito pubblico che ne dovrebbe nascere. In questo elaborato si proverà ad analizzare come sia sorto il concetto di pluralismo informativo, come esso si sia evoluto con il passare del tempo e se esso sia ancora adatto a regolare la realtà che viviamo.

In our digital society the principle of pluralism is fading compared to the characteristics outlined by doctrine and jurisprudence in the last decades. The so-called Echo Chambers or "Filter bubbles" progressively reduce the information horizon that should belong to each individual, which do impoverish knowledge of the surrounding reality and, consequently, the public debate that should arise from it. In this essay we will try to analyze how the concept of pluralism was created, how it has evolved over time and whether it is still suitable for regulating the reality we live in.

SOMMARIO: 1. L'art. 21 Cost. e il concetto di pluralismo informativo: una risposta alle esigenze del tempo. – 2. Le *Echo Chambers*: delle bolle d'acqua in un oceano di possibilità. – 3. Il pluralismo informativo alla prova della società digitale: evolversi o soccombere. – 4. Conclusioni.

1. *L'art. 21 Cost. e il concetto di pluralismo informativo: una risposta alle esigenze del tempo.* – Quando l'articolo 21 della Carta costituzionale si affaccia sul tessuto sociale e tecnologico del tempo non trova particolari difficoltà ad integrarsi a sistema: di certo le sfide dettate dalla passata legislazione fascista costituirono un ostacolo nei primi anni repubblicani – si pensi alla vicenda di alcuni operai pratesi

*Dottore in Giurisprudenza, laureato presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2023 M. Paolanti. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI: <https://doi.org/10.36253/lng-xxxx>

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

che portò alla prima storica sentenza della Corte costituzionale¹; tuttavia, a parte gli eventi citati, per il resto la libertà di manifestazione del pensiero resse bene all'urto della realtà post-totalitaria.

Il quadro generale dell'epoca si caratterizzava per una naturale preponderanza della stampa quotidiana, intesa come principale mezzo di diffusione delle notizie e delle informazioni a disposizione dei cittadini, a cui, in seguito negli anni, fece compagnia il mezzo radiotelevisivo. Proprio quest'ultimo, sviluppatosi maggiormente a partire dagli anni del c.d. *Boom Economico*, si propose come nuovo strumento di approvvigionamento notiziale nei confronti dei cittadini: la più semplice modalità di esercizio – attraverso narrazioni e trasmissione di immagini simultanee – e l'immediatezza del linguaggio² – seppur diverso da quello contemporaneo – ne decretò inevitabilmente il successo. La stampa, la quale – si noti bene – ancora oggi mantiene la sua rilevanza, nonostante la sua incontestabile forza diffusiva, stentò a mantenere quel ruolo di preponderanza rispetto alla nuova tecnologia³.

Tuttavia, come avvenne per la diffusione del mezzo cartaceo – il riferimento va alla ristrettezza quantitativa dello strumento e alle risposte di tipo statale per favorire la diffusione dei giornali⁴ –, si pose la necessità che si garantisse in maniera efficace ed effettiva la possibilità che tutti potessero avere il proprio spazio nell'utilizzo della nuova tecnologia.

Già con gli anni settanta dello scorso secolo il monopolio sancito dallo Stato a favore della Concessionaria Pubblica⁵ – ossia la RAI – iniziò a mostrare i suoi limiti dinanzi alla volontà di alcuni imprenditori dell'intrattenimento – da una parte – nonché di coloro (ossia i cittadini-utenti) che volevano una maggiore offerta informativa – dall'altra – di ampliare gli orizzonti di quel pluralismo informativo che rimaneva ancorato a paradigmi afferenti ai decenni precedenti.

Per questo motivo, con gli anni ottanta⁶, si venne a palesare la criticità

¹ Se si volesse ripercorrere il caso, si veda P. CALAMANDREI, E.T. LIEBMAN, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, XI, 3, pp. 149 ss.

² Cfr. T. SNAIDERO, *Osservazioni sui modelli di comunicazione e produzione intellettuale nella Videocrazia italiana*, in *Italica*, 2014, XCI, 3, pp. 523-532 che, seppur concentri l'analisi sui decenni successivi al Boom economico, lascia ben trasparire come le novità nella comunicazione di messaggi di tipo politico e non abbiano le proprie radici nei primi anni Sessanta.

³ Si potrebbe dire che ciò rappresenti l'inesorabile fine di ogni mezzo rispetto all'avanzamento dei tempi, basti vedere i supporti di memoria informatica, i quali in pochi anni hanno cambiato forma, dimensioni e capacità di archiviazione.

⁴ Cfr. P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza: Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*. Bologna, 2019, pp. 73-85.

⁵ Per un confronto storico su ciò che riguarda la gestione pluralista da parte della Concessionaria Pubblica si rimanda a L. BIANCHI, *Libertà di espressione radiotelevisiva e servizio pubblico*. Torino, 2012.

⁶ Per un confronto temporale sulle diverse epoche che ha vissuto l'art. 21 Cost. si rimanda all'intervento dal titolo *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo* del Professor Filippo Donati al seminario *Diritto dei media: tra tradizione e innovazione*, svoltosi a Roma presso la sede dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 14 dicembre 2017; F. DONATI, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, in *Medialaws*, 2018, 1, pp. 93-101.

riferibile all'uso delle frequenze radiotelevisive e alla loro concessione, dibattito che, invero, ha tenuto banco fino a pochi anni fa⁷.

A prescindere dalle valutazioni ideologiche sulla questione relativa allo spazio di uso dell'etere da parte dei singoli *player* del settore informativo-comunicativo, in materia a prendere con gran vigore l'iniziativa è stata senza dubbio la Corte costituzionale, la quale già cinquant'anni fa – con la sentenza 226/1974 – iniziò ad aprire il campo alle iniziative private nel settore televisivo a livello locale, tenendo sempre lo sguardo al possibile nocumento arrecato al pluralismo informativo, il quale – sempre più – prendeva forma nella mente del giurista dell'epoca.

L'onda lunga che tenne banco per più di un decennio fu costellata da ricorsi dinanzi alla Consulta in materia televisiva, tra cui il più rilevante resta senza dubbio quello che portò alla sentenza 148/1981, in quanto non era ben chiaro cosa fosse il diritto da difendere – soprattutto alla luce della dottrina di Paolo Barile, il quale affermò la assoluta rilevanza del mezzo di propagazione rispetto al principio di libertà di manifestazione del pensiero⁸ – e quali fossero le modalità più adeguate a proteggere concretamente quest'ultimo.

Tuttavia il noto accademico di Scuola fiorentina non era l'unico a sottolineare questa rilevanza: riprendendo una celeberrima sentenza della Consulta – ad essere più specifici la 84/1969 – nella quale la Corte descrisse l'art. 21 come vera e propria «pietra angolare dell'ordine democratico»⁹, autorevole dottrina affermò in quegli stessi anni come tale libertà, considerata sia come principio, sia nelle differenti rifrazioni concrete di questa, avesse a tutti gli effetti un valore centrale in un ordinamento democratico, tale che «[il] cui corretto funzionamento concorre come presupposto e condizione di ogni altro istituto»¹⁰.

Compite queste precisazioni – che è necessario richiamare – la Corte costituzionale decise di pronunciarsi attraverso la arcinota sentenza 826/1988, la quale, come certa dottrina ha affermato, «rappresenta una sorta di *summa* dell'intera giurisprudenza della Corte in materia di informazione radiotelevisiva e, insieme, uno dei tentativi più arditi di condizionare non solo il contenuto dell'operato del legislatore, ma anche i tempi del varo della riforma»¹¹. In ragione di quanto riportato, in questa sede si spiegherà rapidamente cosa chiarì la Consulta: prima di tutto si tenne a sancire una volta per tutte il valore imprescindibile del pluralismo in un sistema democratico, alla luce della Costituzione italiana; dopodiché si decise di analizzare, in maniera precisa, come avrebbe dovuto essere declinato il concetto di pluralismo. A riguardo venne enucleata la natura tripartita di quest'ultimo: in particolare si delineò il valore “esterno” del pluralismo nel senso di garanzia dell'esistenza di molteplici fonti di

⁷ CARETTI, CARDONE, *Diritto dell'informazione*, cit., pp. 174-178.

⁸ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 8.

⁹ C. Cost., 17 aprile 1969, n. 84.

¹⁰ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, p. 464.

¹¹ CARETTI, CARDONE, *Diritto dell'informazione*, cit., p. 129.

informazione a disposizione; il valore “interno” come «espressione del maggior numero possibile di opinioni, tendenze politiche, ideologiche e culturali presenti nel tessuto sociale»¹² e l'unione di questi fattori nella consequenziale possibilità di scelta tra fonti diverse da parte di colui che sceglie di informarsi.

È chiaro come questa lettura da parte dei giudici costituzionali fosse lo specchio di una realtà che differiva, soprattutto per ciò che riguarda la tecnologia digitale, di non poco rispetto a quella che nel presente ci si trova ad affrontare; la scarsità delle onde radiotelevisive e il ristretto spazio economico in cui si inserivano le varie reti erano entrambi elementi che dovevano essere gestiti in maniera delicata, attraverso valutazioni che, molto spesso, però si scontravano con gli interessi politici del Legislatore stesso.

Da quanto riportato – dunque – rapidamente si intuisce come il concetto di pluralismo sia necessariamente nato per un mondo - parzialmente - analogico, totalmente diverso e sprovvisto delle infinite possibilità derivanti dalla diffusione di *Internet* e dei suoi canali di espressione e propagazione; tuttavia, nonostante quanto detto possa suonare come un avvento salvifico da parte della Rete, quanto seguirà nella trattazione ci dimostrerà come non si debba essere tratti in inganno dal canto delle sirene tecnologiche.

2. *Le Echo Chambers: delle bolle d'acqua in un oceano di possibilità.* – Saltando da un'epoca all'altra - perché, nonostante i pochi decenni di differenza, il cambiamento è a tutti gli effetti epocale -, il panorama che lo studioso del diritto si trova dinanzi è alquanto disarmante.

La criticità dettata dalle ristrettezze del mezzo risulta quasi ridicola se si pensa non tanto all'ambito radiotelevisivo, nel quale trova ancora spazio di discussione nel momento in cui si discute, quanto semmai all'universo digitale e informatico. La rivoluzione della rete ha portato con sé novità e sfide per il giurista e per l'ordinamento giuridico che meritano di essere affrontate e discusse; tra di esse, per quanto riguarda il concetto pluralista e la libertà di informazione, non può che esservi quella sancita dall'apparizione delle c.d. *Filtered Bubbles* o, altrimenti dette, *Echo Chambers*.

Prima di procedere alla descrizione del fenomeno, tuttavia, è necessario approfondire il contesto in cui si muove questa nuova insidia.

La Rete, com'è noto, si sviluppa e si presenta all'utente medio offrendo diversi servizi¹³, che possono consistere in motori di ricerca basilari – si pensi al comune *Google* – fino a programmi complessi che sfruttano la naturale socialità dell'essere umano e il tracciamento delle sue attività online – che, come sappiamo, produce dati informatici – per fornire servizi integrati atti all'incontro tra individui diversi: in poche parole, i *social network*.

¹² *Ibidem*, p. 130.

¹³ Per una catalogazione sistematica del fenomeno digitale, ed in particolare quello afferente alle piattaforme social, si rimanda a A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021, pp. 1-4.

In ogni caso, a prescindere dalla maggiore o minore natura elaborata del risultato, sia il motore di ricerca che la piattaforma *social* muovono dal medesimo presupposto: l'uso di un singolo o di un sistema di algoritmi, i quali vengono descritti attraverso il loro funzionamento con una semplice proposizione “*If this, then that*”¹⁴. Gli algoritmi, infatti, analizzano i dati prodotti dal singolo utente del servizio e provvedono, dopo la fase di studio e di elaborazione, a restituire in maniera elementare un risultato conseguente, esattamente come per le più accessibili funzioni matematiche, che corrisponde al meglio a ciò che ci si aspetta voglia il soggetto dopo aver compiuto una certa azione.

Volendo esemplificare il tutto, l'algoritmo di un servizio di vendita online di attrezzatura sportiva, dopo aver elaborato l'acquisto da parte di un qualsiasi utente di un paio di scarpe da tennis, molto probabilmente suggerirà di continuare gli acquisti attraverso l'indicazione di un'offerta per le racchette in uso nel medesimo sport o degli accessori ad esso attinenti¹⁵.

Nulla di preoccupante – o quasi – per quanto riguarda il semplice *business*, se non fosse che la medesima cosa accade nei *social network* per quanto riguarda le opinioni di ogni tipo. È in questo modo che si creano le bolle informative.

Le *Echo Chambers* sono dunque quegli ambienti, come dice Longo, «in cui le persone incontrano solo credenze o opinioni che coincidono con le proprie e non ammettono idee alternative»¹⁶, spazi digitali in cui il singolo utente, attraverso le proprie ricerche dettate dalle più disparate passioni, finisce per rimanere intrappolato.

Il meccanismo alla base, come visto, non è arduo da comprendere: il singolo algoritmo della piattaforma *social* elabora ogni richiesta, ogni parola ed ogni ricerca per soddisfare al meglio le necessità dell'utente; tuttavia, non può permettersi di far cessare il suo lavoro allo stadio meramente esecutivo di un comando e, di conseguenza, in maniera proattiva propone “contenuti simili” alla persona che utilizza il servizio invitando, in maniera subdola, alla permanenza sul *social*. Quanto riportato non ha però alcuna pretesa ideologica particolare, quanto semmai quella di permettere la somministrazione di messaggi pubblicitari e, di conseguenza, di aumentare le entrate dell'impresa che sorregge la piattaforma¹⁷.

Ciò postulato, è semplice giungere alle conclusioni rispetto a questo meccanismo:

¹⁴ Si confida che il Lettore perdonerà la semplicità nello spiegare un mezzo così complesso in poche parole; per avere un quadro più chiaro e completo della tassonomia algoritmica si rimanda a M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, 3, pp. 542-543.

¹⁵ Rispetto al processo che si è descritto nelle ultime battute ben si intuisce come questi motori digitali abbiano bisogno di una gran mole di “combustibile”, in questo caso i dati; non è dunque un caso che l'attenzione dei *player* economici sia ricaduta su questo nuovo aspetto del profitto, Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, VIII, 1.

¹⁶ E. LONGO, *Dai Big Data alle «Bolle Filtro»: Nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, 2019, 1, p. 40.

¹⁷ S. AIOLFI, S. BELLINI, D. PELLEGRINI, *Data-driven Digital Advertising: Benefits and Risks of Online Behavioral Advertising*, in *International Journal of Retail & Distribution Management*, 2021, IL, 7, pp. 1089-1110.

se si immagina un utente appassionato di una certa parte politica, oppure di una determinata fede calcistica ovvero di qualsiasi altra formazione sociale caratterizzata da un forte senso di appartenenza, vien da sé come la piattaforma, attraverso la sua naturale predisposizione informatica, tenderà a radicalizzare il soggetto mostrandogli solamente una ed una sola visione del mondo, ossia quella che convince l'interessato a rimanere sul *social* e continuare la navigazione¹⁸.

In questo scenario, com'è tristemente noto, tuttavia le storture e le derive sono dietro l'angolo: in particolare, negli ultimi anni, vetrina di quanto si racconta è stata in particolare la politica occidentale e la sua progressiva virata verso la menzogna, la violenza e l'intolleranza¹⁹. Proprio grazie alle bolle filtro, ad esempio, i dati riportano come oggi le differenze tra le parti in gioco nell'agone politico americano siano più lontane che mai e che i rapporti tra queste siano particolarmente tesi²⁰. La radicalizzazione conseguente alle *Echo Chambers* ha portato, in questo modo, a minare a tutti gli effetti il sano processo democratico di un Paese, e lasciando le singole coscienze traviate rispetto alla realtà dei fatti²¹.

Le Bolle Filtro rappresentano un controsenso rispetto al *mare magnum*²² della Rete, in quanto esse restringono enormemente il campo visivo di chi naviga, non permettendo alle persone di rendersi conto di trovarsi in un oceano pullulante di informazioni semplici e veloci da ottenere; il pluralismo informativo trova così il suo limite nella società stessa e negli individui, i quali rinunciano - consciamente o meno - al proprio diritto a conoscere, quindi vedere la realtà che li circonda e, in ultima battuta, ad esprimersi con cognizione di causa.

3. *Il pluralismo informativo alla prova della società digitale: evolversi o soccombere.* – Alla luce delle riflessioni svolte, serve comprendere se il concetto di pluralismo informativo è ancora adatto a fungere da bussola in una lettura orientata dell'art. 21 Cost., ovvero se esso deve essere riconsiderato come oggetto obsoleto.

¹⁸ Come alcuni hanno affermato, questa attività porta alla vera e propria manipolazione della coscienza e delle idee del cittadino-utente; Cfr. D. SUSER, B. ROESSLER, H. NISSENBAUM, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2019.

¹⁹ M.S. SAWYER, *Post-Truth, Social Media, and the «Real» as Phantasm*, in *Relativism and Post-Truth in Contemporary Society* a cura di M. Stenmark, S. Fuller, U. Zackariasson, Berlino, 2018.

²⁰ C. VACCARI, A. VALERIANI, *Do Social Media Matter? Direct Effects of Agreement, Accidental Exposure, and Electoral Mobilization on Political Participation*, in *Outside the Bubble: Social Media and Political Participation in Western Democracies*, New York, 2021 pp. 123-154. Oltre al dato statistico in sé, basterebbe fare riferimento a come si siano svolte le ultime campagne elettorali negli Stati Uniti e come esse siano state caratterizzate da forte violenza e da atti deplorabili come quelli del 6 gennaio 2021 presso il Campidoglio.

²¹ Su questo fronte, pur a distanza di qualche anno, si pone come sempre attuale il pensiero di G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, pp. 200 ss.

²² L'accostamento tra Rete, mondo digitale e distesa oceanica non è cosa nuova nell'ambito di studio in discussione. Cfr. A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, p. 35 in cui il digitale è definito come «questo oceano di o e di 1».

Prima di tutto va chiarita una statuizione di fatto: il pluralismo informativo, inteso come quella struttura approntata per il contesto radiotelevisivo e per la stampa, non è mai stato adatto o adattabile a *Internet*.

Il motivo per cui si giunge a questa telegrafica affermazione poggia sulle differenze tecnologiche e di funzionamento dell'ultima risorsa tecnica a cui abbiamo fatto riferimento: le infinite possibilità garantite dalla Rete e le sue diverse sfaccettature non fanno sì che debba esserne, in un certo senso, limitato o controllato l'accesso da parte degli utenti²³, sia in senso generale – cosa che non farebbe che acuire le criticità legate al c.d. *digital divide*²⁴ che ancora colpisce una fascia non ignorabile della popolazione italiana – sia per quanto riguarda l'uso di determinati servizi, come i *social network* e i *blog* personali, che trovano sede *online* - anche per il fatto che si rischierebbe di ledere il primo comma dell'art. 21 senza accorgersene, quando su questo aspetto, in realtà, la giurisprudenza ordinaria italiana più recente non trova ancora solide certezze in tema di decisioni²⁵.

In aggiunta, si deve far notare come, in linea generale, il pluralismo esterno sia ben garantito dalla presenza di plurime fonti di informazione, di qualità e veridicità alterne²⁶, derivanti dai canali digitali dei giornali, dei *blog* e degli *account social* dei singoli individui.

Eppure, nonostante la disamina, come si voleva dimostrare, il problema di cui si discute in questa sede non si risolve guardando a quanto poco sopra detto; le bolle filtro funzionano in un modo diverso e vanno affrontate, di conseguenza, con soluzioni diverse.

²³ Il pensiero va inevitabilmente a come, nel tempo, sia la stampa sia il mezzo radiotelevisivo - d'altro canto - siano stati regolamentati in via protezionistica dallo Stato, rispettivamente con misure sui prezzi della carta, sui finanziamenti alle imprese editoriali fino alla critica gestione delle concessioni delle onde di diffusione per le comunicazioni a distanza. Per un quadro più approfondito sull'evoluzione legislativa Cfr. CARETTI, CARDONE, *Diritto dell'informazione*, cit.

²⁴ J. VAN DIJK, *The digital divide*, Cambridge, 2020, p. 1 definisce il *digital divide* come «una divisione tra persone che hanno accesso e che usano i media digitali, e quelle che non lo fanno».

Sulla realtà italiana l'Istat nel 2019 ha certificato che solo il 67,9% della popolazione dai 6 anni in su aveva utilizzato Internet almeno una volta negli ultimi tre mesi. ISTAT, *Comunicato stampa. Cittadini e ICT*, istat.it, <https://www.istat.it/it/archivio/236920>, 3 febbraio 2023.

²⁵ Cfr. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Medialaws*, 2021, 1 che affronta la storia giudiziaria, ancora in fase evolutiva, intercorrente tra Facebook, Stato e le formazioni politiche di stampo neofascista Casapound e Forza Nuova.

Sulla stessa vicenda Cfr. Trib. Roma, 5 dicembre 2022, n. 17909, che ha ribaltato l'esito della fase cautelare nella quale i giudici avevano dato ragione al movimento. In particolare, scendendo minimamente nel dettaglio, ci si chiede dove trovi limite la manifestazione del pensiero e dove la censura indebita (che in questo caso nasce, a maggior ragione, da una decisione privata); si direbbe che ci si ritrova, ancora una volta, dinanzi al sempiterno dilemma della tolleranza teorizzato dal filosofo Karl Popper.

²⁶ È noto a molti come, in certi ambiti, la libertà digitale di manifestazione del pensiero si sia rivelata col tempo un'arma a doppio taglio. Un esempio chiaro è quello delle teorie scientifiche o pseudo-scientifiche, che negli anni hanno rappresentato uno dei terreni più spigolosi per la società digitale, a maggior ragione con l'avvento della pandemia di Covid-19. Cfr. M. LUZZI, M. D'AMORE, M., *Scienza e società: sinergie e criticità nell'era digitale*, in *Cambio. Rivista Sulle Trasformazioni Sociali*, 2019, IX, 18, pp. 9-18.

Per fronteggiare il problema va però, prima di tutto, cambiato anche il punto di vista umano rispetto alla tecnologia: di fronte a questa distesa incommensurabile di realtà afferenti alla Rete si dovrebbe cercare di assecondare il fenomeno e “giocare” con le regole dettate dal nuovo mezzo e - quindi - disconoscere soluzioni analogiche da utilizzarsi esclusivamente *ex ante* (il riferimento va ai limiti legislativi per ciò che riguarda la creazione di gruppi interni alla Rete e le sue piattaforme)²⁷.

La possibile risoluzione del problema, invece, dovrebbe essere cercata in una collaborazione umana e tecnologica, in quanto per gestire dati, calcoli e diritti - in questo caso - non possono che essere utilizzate macchine che controllino a loro volta altri sistemi informatici; solo la capacità computazionale in dotazione ad un *computer* o ad una Intelligenza artificiale di ultima generazione²⁸ potrebbe analizzare con successo il rischio derivante dal mancato controllo di un ambito di così delicata rilevanza; ad esse ci si dovrebbe affidare affinché le diverse voci risuonino a prescindere dalla presupposta volontà dell'utente e, quindi, a prescindere dalla commercialmente orientata scrittura dell'algoritmo di riferimento.

Tuttavia, affinché questo proposito possa essere perseguito, dovrà entrare in azione anche il sapere e la tecnica del giurista: nella costruzione ingegneristica di questi algoritmi controllori, come successo in altri casi²⁹, dovranno essere garantiti principi come quelli di trasparenza, conoscibilità ed *explainability* rispetto al funzionamento della macchina stessa; essi avranno la funzione di freno alla libera creazione di meccanismi non imparziali e, in via definitiva, permetteranno al controllore finale di tipo statale di rimediare ad eventuali cortocircuiti nel normale utilizzo di tali strumenti³⁰.

Di conseguenza, si intuisce come l'unico modo per far sì che quanto detto possa essere realizzato risieda in un approccio orientato verso il concetto di *legal*

²⁷ Da un lato è certamente molto più semplice evitare alla fonte che si creino degli spazi, come le bolle filtro, nei quali gli individui si possano radicalizzare, tuttavia questa soluzione lederebbe certamente il principio di cui all'art. 2 della Costituzione, a maggior ragione se si pensa a come negli ultimi anni si siano diffuse sempre più le voci che riconoscono valore ai gruppi che si creano online. Cfr. M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, Milano, 2018.

²⁸ Come molto spesso accade, la scoperta di un problema - e la sua contestuale risoluzione - apre gli orizzonti per nuove sfide che dovremo affrontare come giuristi, ossia quella dell'Intelligenza artificiale. Sull'onda lunga dell'IA Act europeo e le necessità di controllo del fenomeno Cfr. A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, 2, pp. 411-417. Per uno sguardo di armonizzazione della tecnologia al sistema di *rule of law* Cfr. M. FINDLAY, *Democratizing AI*, in *Turkish Policy Quarterly*, 2021, XX, 4, pp. 81-95.

²⁹ Cfr. la vicenda dell'algoritmo utilizzato come supporto operativo nell'ambito della L. 107/2015 (c.d. “Buona Scuola”) in A. SIMONCINI, *The unconstitutional algorithm: artificial intelligence and the future of liberties*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, pp. 73-76.

³⁰ Quanto all'aspetto rimediabile, una linea di risposta al problema può essere quella dettata dall'European Media Freedom Act, il quale sostiene principalmente una visione di prevenzione rispetto alle realtà patologiche e successivamente dispone meccanismi di risoluzione amichevole delle controversie all'insegna del dialogo e della leale collaborazione (artt. 17 e 18 European Media Freedom Act).

*by design*³¹, ossia un principio per il quale il ruolo del giurista e, successivamente, del legislatore sia ancorato al deciso rigetto di pratiche luddiste e che, invece, ponga un collegamento tra forze creative ingegneristiche e forze regolative pubbliche, affinché l'utilizzatore finale di un certo servizio non debba sacrificare il progresso tecnologico - da una parte - o la garanzia dei diritti fondamentali - dall'altra.

4. *Conclusioni.* – In conclusione, è possibile tracciare un sintetico quadro riepilogativo di quanto si è detto e di cosa aspetta il futuro della materia.

Come si è potuto intendere dalla trattazione, il concetto di pluralismo informativo rimane – dunque - ben lontano dal “pensionamento” e deve essere tutt'oggi considerato faro e principio fondamentale del diritto di cui all'art. 21 Cost. La sua portata e la sua capacità di incidere in maniera rilevante nell'ordinamento però trova inevitabilmente il suo destino in un corretto adeguamento di esso, tale da portarlo in relazione con i nuovi mezzi della tecnica; Barile³² e gli studiosi della Costituzione quasi metà secolo fa ammonivano sulla sostanzialità del mezzo diffusivo e su come questo fattore non dovesse essere considerato come un mero incidente nella lettura del principio costituzionalistico. Il nuovo sviluppo attraverso lo stesso uso delle macchine non rende altro che ulteriore giustizia ad una visione che trova conferme anche ad anni di distanza secondo la declinazione di nuovi principi emergenti (come la trasparenza, l'accesso e la spiegabilità).

Ma non solo nelle risposte dell'ordinamento italiano trova sostegno il principio pluralista: attraverso l'annuncio del progetto innovatore³³ sancito dal nuovo *European Media Freedom Act*³⁴, in primis l'Unione Europea, ammonendo le *Big Tech*, ha tenuto a ribadire l'importanza che possa avere nel bacino giuridico europeo un'informazione differenziata ed aperta a molteplici opinioni³⁵; a questo proposito, in particolare, le norme in esso contenute si promettono di garantire

³¹ Cfr. B. DE MURO, M. IMPERIALE, *Legal design. Come il design può semplificare il diritto*, Milano, 2021 e Cfr. M. HILDEBRANDT, *'Legal by design' or 'legal protection by design'?*, in *Law for computer scientists*, 2019 in cui si distingue un secondo passaggio evolutivo, orientato dalla lettura del GDPR, del *Legal by design*, ossia il *Legal protection by design*, un approccio ancora maggiormente improntato ad un uso democratico e garantista delle nuove tecnologie.

³² Cfr. BARILE, *Libertà*, cit.

³³ Sull'*European Media Freedom Act* si segnala la preziosa riflessione del già citato Filippo Donati: F. DONATI, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione*, in *Media laws*, 2022, 2, pp. 19-30.

³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13 UE*, europa.eu, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0457&from=EN>, 1 febbraio 2023.

³⁵ Cfr. l'art. 3 della Proposta di regolamento che sancisce, in ottemperanza del principio di garanzia di pluralismo informativo, che <<I destinatari dei servizi di media nell'Unione hanno il diritto di ricevere una pluralità di notizie e contenuti di attualità, prodotti nel rispetto della libertà editoriale dei fornitori di servizi di media, a beneficio del dibattito pubblico>>. Inoltre, l'intera Sezione IV della proposta è dedicata proprio alle grandi piattaforme digitali di informazione (tra cui si ascrivono anche i social network).

che i servizi di informazione - tra cui si annoverano anche i *social*³⁶ - predispongano a favore delle *communities* di utenti un flusso di informazioni *bipartisan* e che quanto proposto sia ulteriormente garantito da finanziamenti stabili a favore dell'editoria, affinché non ci si scontri - a qualsiasi livello dell'informazione - con notizie false atte all'influenza dolosa del dibattito pubblico³⁷.

Proprio in un mondo dove la polarizzazione tende sempre di più a dispiegarsi, portando con sé, di conseguenza, il rischio della radicalizzazione, l'autocrazia e l'assenza di libertà, si pone dunque il compito di proteggere la libera formazione dell'opinione del cittadino attraverso strumenti di ampio respiro che possano fronteggiare sia nel pratico che nel teorico le nuove sfide della democrazia; volendo dunque rielaborare la vecchia massima di natura ecclesiastica ed il titolo iniziale: *Nulla Salus intra bollam*.

³⁶ Vista soprattutto la tendenza dei cittadini ad informarsi in grande parte proprio sui social network stessi come certifica CENSIS, 17° *Rapporto sulla Comunicazione*, <https://www.censis.it/comunicazione/17%C2%Bo-rapporto-censis-sulla-comunicazione/le-diete-mediatriche-degli-italiani-nel-2021>, 1 febbraio 2023.

³⁷ Negli ultimi anni ci si è scontrati, a questo riguardo, con notizie e falsità di ogni tipo, tra le tante: D. HARWELL, *Faked Pelosi videos, slowed to make her appear drunk, spread across social media*, in *Washingtonpost.com*, 24 maggio 2019, disponibile su <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/05/23/faked-pelosi-videos-slowed-make-her-appear-drunk-spread-across-social-media/>, data ultima consultazione 20.06.2023; P. BLEAKLEY, *Panic, pizza and mainstreaming the alt-right: A social media analysis of Pizzagate and the rise of the QAnon conspiracy*, in *Current Sociology*, 2023, LXXI, 3, pp. 509-22.

PROVA INCOSTITUZIONALE E TABULATI TELEFONICI

Tra garanzie, diritti ed innovazioni tecnologiche

LORENZO TOMBELLI*

Il contributo offre una panoramica dettagliata sullo strumento investigativo dei tabulati telefonici, con particolare attenzione alle vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione del mezzo di ricerca della prova. Siamo di fronte ad uno strumento che si pone al crocevia tra istanze contrapposte: la repressione del fenomeno criminale e la tutela dei diritti costituzionali. Particolare attenzione viene dedicata all'ultima modifica legislativa, il decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, con il quale il Governo italiano ha recepito le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di data retention.

This paper offers a detailed analysis of phone records as an instrument of investigation, providing a particular focus on legal case studies that have accompanied the evolution of this means of searching for evidence. This instrument is situated midway between opposing instances: the necessity of repressing crimes, and the need to protect constitutional rights. DL 30/09/2021 n. 132 has also been discussed with special attention: the Italian Government has thus transposed the indications previously given by the Court of Justice of the European Union as far as data retention is concerned.

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti a fronte dei nuovi strumenti investigativi. – 2. La prova incostituzionale e i c.d. diritti emergenti. – 3. La *data retention* e l'acquisizione dei tabulati telefonici. – 4. Il D.L. 132/2021, la linea garantista del Governo italiano necessita di ulteriori modifiche. – 5. Repressione penale e riservatezza: un inevitabile bilanciamento tra autorità e libertà.

1. *La tutela dei diritti a fronte dei nuovi strumenti investigativi.* – La nostra società è dominata dalle nuove tecnologie, connotate da un'evoluzione rapidissima e da una grande capacità espansiva. A tal proposito, si parla di «rivoluzione informatica»¹, in quanto l'eccessivo utilizzo della tecnologia porta,

¹ G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione – Corso di informatica giuridica*, Torino, 2016, p. XI.

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

innanzitutto, ad un ampliamento dei mezzi di comunicazione, accessibili da chiunque e in ogni momento; in più, tali strumenti hanno investito completamente ogni sfera della nostra vita. Gli anni duemila si caratterizzano per una crescita esponenziale della telefonia digitale e per l'emersione dei c.d. *big data*, tant'è che l'accesso alla rete diviene considerato un diritto fondamentale (per alcuni, costituzionale²) della persona: una condizione per il pieno suo sviluppo individuale³.

Nel campo della penalità⁴, i nuovi mezzi tecnologici hanno, sicuramente, sviluppato e incrementato nuovi fenomeni criminali, pensiamo ai cc.dd. *cybercrimes*⁵. Tuttavia le recenti innovazioni hanno fornito potenti e penetranti strumenti investigativi agli inquirenti, con pesanti ripercussioni sui diritti individuali. Da decenni, ormai, si discute dell'uso degli apparecchi tecnologici all'interno del procedimento penale, i quali mutano – in modo significativo – la fisionomia del “sistema-giustizia”.

L'avvento della tecnologia nel processo penale è caratterizzato da una marcata ambivalenza⁶: sicuramente, da una parte, consente di raggiungere risultati straordinari, ma, dall'altro, si delineano aggressioni – molto impattanti – nella sfera privata degli individui (o meglio, delle *persone*⁷). Per questo, la possibilità di comprimere i diritti – in particolare, quello alla privacy – al fine di acquisire elementi utili alla repressione penale porta gli interpreti ad interrogarsi sulla necessità di escogitare una soluzione che possa bilanciare i due valori, alla luce del principio di proporzionalità.

2. *La prova incostituzionale e i c.d. “diritti emergenti”*. – L'utilizzo degli strumenti tecnologici nel procedimento penale apre la discussione sulla configurabilità della “prova incostituzionale”. Con quest'ultima espressione si suole fare riferimento alla prova assunta in violazione dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale. Il tema si lega fortemente con l'affascinante materia delle sanzioni processuali, specialmente con l'inutilizzabilità.

² Sul fondamento costituzionale del diritto di accesso ad Internet si è acceso un dibattito: *ex multis*, v. M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra le tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in *Internet e Costituzione. Atti del convegno, Pisa 21-22 novembre 2013*, a cura di M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA, Torino, 2014, p. 169; S. SCAGLIARINI, *I diritti costituzionali nell'era di Internet: cittadinanza digitale, accesso alla rete e net neutrality*, in *Diritto e tecnologie informatiche*, a cura di T. CASADEI, S. PIETROPAOLI, Wolters Kluwer, 2021, p. 3.

³ V. PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 1, pp. 103-112.

⁴ Sulle peculiarità del diritto punitivo rispetto alle altre branche del diritto si veda R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022.

⁵ Si veda sul punto S. LORUSSO, “Digital evidence”, “cybercrime” e giustizia penale 2.0, in *Processo Penale e Giustizia*, 2019, 4, pp. 821-828.

⁶ C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 9, pp. 1210-1221.

⁷ P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per gli italiani di ogni età*, Bologna, 2018; l'Autore sostiene che «individuo e persona non sono sinonimi», in quanto «l'individuo è il vecchio protagonista del costituzionalismo moderno», mentre, «la persona [...] è creatura pensata in stretto contatto con l'altro, con gli altri», p. 59.

Il dibattito dottrinale sull'esistenza della prova incostituzionale nasce durante i primi anni del periodo repubblicano, sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930. Il nuovo assetto costituzionale imponeva riflessioni circa la compatibilità delle disposizioni processuali con la tutela dei diritti fondamentali. Il dibattito, poi, evolve negli anni Settanta, allorché la Corte costituzionale, con una sentenza del 1973⁸, tenta di dar vita a un nuovo bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, la tutela dei diritti costituzionali dell'individuo e, dall'altro, l'esigenza di prevenzione e repressione dei reati. Tali istanze trovano un fondamento costituzionale negli artt. 2 e 112 Cost., e per questo, il compito dell'interprete consiste nell'escogitare una soluzione che possa consentire all'Autorità giudiziaria di assolvere allo scopo attribuito al processo penale nel rispetto dei diritti individuali.

La Consulta afferma che «le attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali non possono essere assunte a giustificazione di atti processuali»⁹: perciò, la responsabilità penale potrà essere accertata solo nelle forme disciplinate dal legislatore. La giurisprudenza sostiene che, in presenza di un diritto oggetto di tutela costituzionale, il quadro di riferimento si ricava direttamente dalla Carta. In più, alcuni diritti costituzionali sono definiti inviolabili¹⁰, salva riserva di legge e di giurisdizione; dunque, eventuali compressioni possono avvenire solo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, quindi a seguito di un atto motivato dell'autorità giudiziaria. Perciò, quando non esiste una norma primaria che soddisfi la doppia riserva, l'acquisizione deve considerarsi vietata: il silenzio del legislatore costituisce un limite probatorio e, qualora gli interpreti non rispettino tale ricostruzione, non resta che l'inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.*

Tale impostazione può essere invocata anche per escludere l'ingresso della prova lesiva dei diritti fondamentali attraverso la “valvola di sicurezza”¹¹ della prova atipica, in quanto, quest'ultima – per definizione – difetta del requisito della tipicità, necessario per rispettare la riserva di legge, richiesta dalla Costituzione.

Appare, a questo punto, opportuno approfondire una tematica collegata alle prove atipiche, ossia la creazione pretoria dei c.d. diritti emergenti. Con questa espressione si usa far riferimento a situazioni soggettive che derivano da interpretazioni estensive dello *ius scriptum* nelle Carte nazionali e sovranazionali¹². Le interpretazioni “coraggiose”, le quali generano nuovi diritti, puntano sulla centralità della dignità della persona umana e numerose sono le estensioni –

⁸ Corte cost., 6 giugno 1973, n. 74, in *Giurisprudenza costituzionale*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La Consulta nel 1991 ribadisce che il «diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfazione di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante», così Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giurisprudenza costituzionale*.

¹¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 162.

¹² Se il secondo dopoguerra ha segnato l'inizio di un'epoca definita da Norberto Bobbio “L'età dei diritti”, la stagione successiva alla caduta del muro di Berlino è certamente qualificabile come “l'era dei nuovi diritti”.

anche costituzionali – dovute all’abbandono di un’impostazione tradizionale che leggeva la Carta fondamentale quale *catalogo chiuso* di diritti. In particolare, occorre segnalare la lettura dell’art. 2 Cost. quale *fattispecie aperta*, capace di dare origine a nuove posizioni soggettive¹³: dunque, una norma in grado di tutelare (e riconoscere) nuovi diritti, senza la protezione e la garanzia della riserva di legge.

In tal senso, a titolo esemplificativo, può essere utile richiamare le Sezioni Unite Prisco del 2006¹⁴ che si sono occupate dei diritti che vengono in gioco con le videoriprese di mere immagini, creando la categoria dei c.d. luoghi riservati, distinti dai luoghi privati e da quelli pubblici. Dunque, la captazione delle immagini registrate negli ambienti privati, come i bagni pubblici, necessita di una maggiore attenzione, proprio in virtù della maggiore aspettativa di riservatezza e al c.d. *ius excludendi alios*. Inoltre, emblematico è il caso trattato dalla Cassazione in merito all’agente segreto attrezzato per il suono, nei casi di ascolto differito della Polizia giudiziaria. I Supremi giudici hanno ritenuto che l’acquisizione di tali informazioni rientri nella tutela dell’art. 15 Cost., tuttavia, tale attività non ne compromette il «nucleo essenziale», determinando così una «lesione marginale»¹⁵ del diritto in questione. In simili situazioni, si delinea un modello di tutela affievolito: di conseguenza, è necessario il rispetto della riserva di legge, ma appare sufficiente un provvedimento del Pubblico Ministero che possa (adeguatamente) motivare la necessità di incidere sul bene costituzionalmente protetto.

La categoria concettuale della prova incostituzionale è stata oggetto anche di pronunce della Cassazione, tra le quali merita di essere menzionata la pronuncia a Sezioni Unite del 27 marzo 1996. Per la Suprema Corte rientrano nelle prove sanzionate con l’inutilizzabilità «non solo le “prove oggettivamente vietate”, ma [anche] le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla “legge”, ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione»¹⁶.

L’analisi della giurisprudenza porta ad affermare che, ormai, la prova incostituzionale è una categoria riconosciuta e la sanzione processuale che viene invocata quando una prova si sia formata violando i diritti costituzionali è l’inutilizzabilità. In più, autorevole dottrina¹⁷ ritiene che la totale caducazione degli

¹³ Note sono le posizioni contrapposte di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, pp. 4 ss., che nega la possibilità di utilizzare l’art. 2 per riconoscere nuovi diritti, e A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pp. 80. ss., che vedono nell’art. 2 una fattispecie idonea a generare nuovi diritti.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006 (Prisco), in *Cassazione penale*, 2006.

¹⁵ Cass., Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 7, Biffis, in *Il Foro Italiano*, vol. 134, n. 4, 2011, p. 223 ss.

¹⁶ Cass., Sez. Un., sent. 27 marzo 1996 (Sala), in *Cassazione penale*, 1996; così come Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998 (Gallieri), in *C.E.D.*, n. 21194; infine, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 6 (D’Amuri), in *C.E.D.*, n. 215841-01.

¹⁷ Parte della dottrina aderisce ad un’interpretazione estensiva nonché costituzionalmente orientata dell’art. 191 c.p.p., secondo cui «la violazione dei “divieti probatori costituzionali” rinvia la sua sanzione e la sua disciplina nell’art. 191» c.p.p., ritenendo questa lettura un’interpretazione costituzionalmente orientata; così P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 105. Cfr. L.P. CAMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 1548; L.P. CAMOGLIO, *L’utilizzabilità “assoluta”*

effetti probatori si imponga quale unica sanzione adeguata all'interesse protetto dalla Carta; solo con l'inutilizzabilità si elimina qualsiasi conseguenza che quella prova potrebbe essere in grado di produrre all'interno del processo. La violazione di questi divieti trova la sua disciplina normativa nell'art. 191, comma 1, c.p.p.¹⁸. Difatti, oggi, il tema fondamentale non è più quello di stabilire se una prova incostituzionale sia utilizzabile, ma valutare se siamo di fronte a una prova incostituzionale¹⁹.

3. *La data retention e l'acquisizione dei tabulati telefonici.* – La materia che ci approntiamo ad esaminare è oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale quasi trentennale ma ancora attuale, considerato che nel mese di settembre 2021 il Governo ha emanato un decreto-legge con il quale si modifica la normativa italiana per adeguarsi alle sentenze europee. I dati esteriori delle comunicazioni, più comunemente detti tabulati telefonici o di traffico²⁰, sono un mezzo di ricerca della prova già conosciuto con il codice di rito del 1930, il quale all'art. 226, comma 3, consentiva alle forze di polizia di acquisire le informazioni necessarie, incluse quelle sul traffico telefonico.

Una premessa che occorre effettuare è un confronto con lo strumento delle intercettazioni: l'acquisizione dei tabulati telefonici non rivela agli inquirenti il contenuto delle comunicazioni degli interessati, difatti la conoscenza è limitata ad alcune informazioni come il numero telefonico e l'ubicazione del dispositivo dal quale si avvia una chiamata e di quello che la riceve.

L'istituto in questione può essere definito il «prototipo»²¹ della prova incostituzionale. Come abbiamo visto, la giurisprudenza interna ha elaborato uno schema teorico in grado di tutelare anche i diritti emergenti, sulla base di un bilanciamento guidato dal criterio della ragionevolezza. In questi termini, viene in rilievo una nota sentenza della Corte costituzionale in materia di tabulati telefonici²², nella quale la Consulta ravvisa una “lesione marginale” della libertà e segretezza della corrispondenza, senza intaccare il “nucleo essenziale” dell'art. 15 Cost. Per questi motivi, secondo la Corte, non è necessario il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, infatti si ritiene sufficiente un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria, compreso il Pubblico Ministero. Con l'intervento *pretorio* della Consulta si creano quelle che potremmo definire prove atipiche “rafforzate”.

delle prove “incostituzionali”, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, pp. 30 ss.; L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 1, p. 1395.

¹⁸ Cfr. CAMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit.

¹⁹ C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cassazione penale*, 2011, 10, pp. 3638-3664.

²⁰ Si possono richiamare, a titolo esemplificativo, i dati relativi alle chiamate con annesse informazioni circa la data, l'orario e la durata delle conversazioni.

²¹ CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 175.

²² Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giurisprudenza costituzionale*; i giudici del Palazzo della Consulta ritengono utilizzabile l'ordine di esibizione *ex art.* 256 c.p.p.

Questa materia resta per molti anni senza una chiara normativa; solo con il c.d. Codice privacy del 2003²³ si arriva ad una prima regolamentazione. Soprattutto nell'ultimo decennio, la disciplina sui tabulati telefonici è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si avvia così una *querelle* giurisprudenziale che porta, nel 2021, il Governo italiano ad emanare un decreto-legge per dare esecuzione alle sentenze europee. La Corte esamina la "direttiva Frattini" del Parlamento europeo e del Consiglio del 2006²⁴ partendo da un rinvio pregiudiziale della Corte suprema d'Irlanda e della Corte costituzionale austriaca: i giudici nazionali, nel sollevare il rinvio pregiudiziale, si interrogano sulla legittimità della legislazione interna che prevede una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati sulla base delle (poche) linee-guida ricavabili dalla direttiva.

Secondo le nuove coordinate tracciate dalla Corte di Giustizia, il Pubblico Ministero può chiedere ad un giudice – terzo ed imparziale – l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici; quest'ultimo, invece, è chiamato a valutare la ragionevolezza dell'istanza rispetto alle esigenze del caso concreto, seguendo i canoni della "stretta necessità" e della "pertinenza alle indagini". In definitiva, anche in Italia, si è avuto modo di constatare che l'art. 132 del Codice privacy fosse incompatibile con il diritto comunitario. Le impostazioni della giurisprudenza comunitaria portano la dottrina italiana ad interrogarsi sulla compatibilità della disciplina domestica con il diritto europeo, soprattutto dopo aver registrato una certa "resistenza" della Cassazione, restia a recepire le indicazioni della Corte di Giustizia²⁵.

4. *Il D.L. 132/2021, la linea garantista del Governo italiano necessita di ulteriori modifiche.* – A seguito delle pronunce europee, il legislatore italiano è stato costretto ad intervenire con il decreto-legge n. 132/2021. La disciplina pre-riforma permetteva all'organo inquirente di disporre – con decreto motivato – l'acquisizione dei tabulati conservati dal fornitore, senza controlli da parte del giudice e senza circoscrivere tale potere per una gamma di reati (ad eccezione di quelli definiti "gravi", per i quali la disciplina consentiva alcuni termini speciali²⁶).

²³ D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, con il quale si è data attuazione alla direttiva 2002/58/CE.

²⁴ La direttiva 2006/24/CE prevede l'obbligo per i fornitori dei servizi di comunicazione di conservare i dati necessari per identificare la "fonte" e la "destinazione" di una comunicazione; informazioni che si rendono necessarie per stabilire la data, l'ora, la durata di una comunicazione. Inoltre, altri dati riguardano l'indirizzo dell'abbonato, il numero delle utenze coinvolte, nonché l'indirizzo IP per eventuali servizi Internet.

²⁵ Numerose sono le pronunce della Cassazione che reputano la normativa italiana conforme al diritto europeo: si veda Cass., sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380, in *Diritto di Internet*, 2019; oltre a Cass., sez. III, 25 dicembre 2019, n. 48737, in *Cassazione penale*, 2020; infine Cass., sez. II, 10 dicembre 2019, n. 5741, in *C.E.D.*, n. 278568-01.

²⁶ I termini ordinari – prima della novella legislativa – consentivano al Pubblico Ministero di acquisire i tabulati, conservati dal fornitore, entro trenta giorni dalla data della chiamata se si tratta di "chiamate senza risposta"; entro dodici mesi quando si parla di dati del traffico telematico; entro ventiquattro mesi per i rimanenti dati del traffico telefonico. Il termine di conservazione dei dati per

Dunque, prima del 2021, il Pubblico Ministero deteneva un potere probatorio molto impattante sui diritti individuali, non temperato e non censurabile davanti all'organo giurisdizionale. Con la novella in esame si è cercato di porre rimedio alle numerose criticità evidenziate dalla Corte di Giustizia²⁷. In particolare, meritano di essere citate le principali novità introdotte dal legislatore, tra le quali la giurisdizionalizzazione della procedura di acquisizione e una puntuale indicazione delle cause di inutilizzabilità. Aver scelto di subordinare l'acquisizione dei tabulati all'esistenza di un procedimento penale per determinati reati²⁸ e dopo un controllo preventivo da parte del giudice è apprezzabile, nonostante vi siano ancora profili problematici. La nuova disciplina, dunque, non consente più al Pubblico Ministero di disporre l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, in quanto ritenuto una parte processuale non dotata di terzietà. A tal proposito, un profilo critico riguarda, per converso, l'esclusione del difensore dal novero dei soggetti che possono richiedere direttamente al gestore del servizio telefonico i dati del proprio assistito. La novella legislativa prevede che il difensore – similmente al Pubblico Ministero – debba effettuare l'istanza al giudice per essere autorizzato. Il legislatore, a giustificazione della propria scelta, invoca la riserva di giurisdizione, ma – a nostro avviso – essa potrebbe essere ben superata attraverso il consenso dell'avente diritto (ossia del proprio assistito, il titolare dei dati). Tale consenso garantisce un equo bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze investigative della difesa²⁹. La *ratio* sottesa al nuovo intervento

i reati previsti dagli artt. 51, comma 3-*quater* e 407, comma 2, lett. a c.p.p. veniva esteso a settantadue mesi. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, p. 425.

²⁷ La necessità di adeguare la normativa italiana al diritto europeo emerge fin dal preambolo del decreto-legge, dove si legge che la riforma muove dalla «straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, e in particolare di circoscrivere le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità e di garantire che dette attività siano soggette al controllo di un'autorità giurisdizionale».

²⁸ I reati che consentono l'acquisizione sono quelli per i quali la legge prevede «la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 del codice di procedura penale»; oltre a questi si prevede la possibilità di acquisizione per i reati di «minaccia e di molestia o disturbo alle persone con mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi». Cfr. P. TONINI, C. CONTI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2023; secondo gli Autori il livello di gravità dei reati, in buona parte parificato a quello richiesto per le intercettazioni, impedisce di acquisire i tabulati per «tutta una serie di fatti odiosi e meritevoli di sanzione», quest'ultima citazione è tratta da G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per i tabulati telefonici e telematici*, *Il quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it, data ultima consultazione 20.05.2023.

²⁹ Ci pare opportuno sottolineare l'importanza (costituzionale) delle investigazioni difensive: esse fanno sì che i beni giuridici che riuniamo nel concetto di privacy siano bilanciati con il diritto di difesa. Con l'introduzione nell'ordinamento delle investigazioni difensive (l. 7 dicembre 2000, n. 397, recante *Disposizioni in materia di indagini difensive*), il legislatore ha legittimato una serie di attività potenzialmente lesive della riservatezza, ritenendola soccombente rispetto al diritto di difesa. Il principio di prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza si traduce nel fatto che quest'ultima non potrà mai costituire un ostacolo insormontabile, per il difensore, in termini di conoscibilità e accessibilità delle informazioni; così M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020. Cfr. P. TONINI, *Indagini difensive e privacy, tra modelli processuali vecchi e nuovi*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 10, p. 1304.

legislativo consiste nell'attribuzione del potere autorizzatorio all'autorità giurisdizionale, anziché al Pubblico Ministero, per consentire una ponderazione e una valutazione di tutte le esigenze della parte richiedente con i diritti individuali che possiamo riassumere nel concetto costituzionale della riservatezza. Come possiamo immaginare, anche la difesa può utilizzare come prova – a suo favore – i tabulati telefonici, con i quali provare una determinata condotta, o la presenza di alcuni soggetti in specifici luoghi. Consentire l'accesso a tali informazioni solo a seguito di un controllo del giudice rende limitata l'acquisizione e comprime il diritto inviolabile di difesa, *ex art. 24 Cost.*

Inoltre, un'istanza di acquisizione presentata dalla difesa, alla quale non consegue un deposito dei tabulati – poiché, ad esempio, deleteri per la strategia di parte – può far sorgere un legittimo sospetto al Pubblico Ministero oppure al giudice dibattimentale, il quale sarà in grado di disporre un'acquisizione *ex officio*³⁰: un pericolo che si traduce in una grave limitazione del diritto di difesa.

A parere di chi scrive, con l'accesso diretto da parte del difensore ai dati telefonici e telematici del proprio assistito, senza la necessaria autorizzazione del giudice, non si realizza alcuna disparità di trattamento rispetto al Pubblico Ministero³¹. Anche perché, se la *ratio* di tale scelta è una maggiore tutela della riservatezza, occorre specificare che – nel corso delle investigazioni difensive – vi possono essere numerose attività che incidono sulla privacy³².

Le stesse critiche possono essere mosse alla disciplina d'urgenza. In questo caso, il Pubblico Ministero può acquisire i tabulati e, successivamente, chiedere la convalida al giudice; mentre il difensore – sempre nei casi di urgenza – deve

³⁰ O. MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cassazione penale*, 2022, pp. 2440-2455; l'Autrice evidenzia come l'impostazione adottata dal legislatore pone serie criticità, anche in relazione al rischio di disvelare anticipatamente le strategie poste in essere dalla difesa.

³¹ La sostanziale differenza è la presenza del consenso dell'avente diritto all'accesso ai dati. In dottrina si è sviluppato anche un orientamento che ritiene l'accesso diretto del difensore una lesione al principio della "parità delle parti processuali" di cui all'art. 111, comma 2, Cost.; cfr. G. CAPOCCIA, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cassazione penale*, p. 289.

³² All'interno del codice di rito troviamo elencate una serie di attività che il difensore può compiere. L'intervista difensiva, con conseguente assunzione di informazioni; l'accesso ai luoghi pubblici ma soprattutto privati; e, perfino, gli accertamenti tecnici: sono attività che consentono al difensore di conoscere dati personali di più soggetti. Inoltre, il Codice deontologico forense assicura un dovere di segretezza, in quanto prevede, all'art. 13, che «l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali».

obbligatoriamente rivolgersi al magistrato. Dunque, tale normativa non appare conforme agli artt. 3 e 111 Cost.³³.

Un altro profilo problematico è stato parzialmente sanato con la legge di conversione³⁴ del decreto-legge; inizialmente, infatti, il Governo non aveva previsto una disciplina transitoria. L'assenza di una regolamentazione specifica per i tabulati già acquisiti (quindi, senza l'autorizzazione giurisdizionale) nei processi pendenti ha creato uno "smarrimento" nella giurisprudenza, perfino di legittimità.

La dottrina, anche autorevole, si è concentrata moltissimo sulla retroattività della novella legislativa, affermando che l'irretroattività della nuova disciplina comporta una «gravissima mutilazione alla riservatezza della vita privata dei cittadini»³⁵. A nostro avviso, invece, il problema riguarda un delicato rapporto tra le fonti interne con quelle sovranazionali. Occorre premettere che, sulla base del principio *tempus regit actum*, non è possibile far retroagire una normativa processuale. Difatti, si è correttamente osservato che «nel caso specifico di successione di leggi processuali nel tempo, in rispetto del principio del *tempus regit actum*, la nuova norma disciplina sia i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, sia i singoli atti, compiuti successivamente alla sua entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio»³⁶. Quindi, ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del decreto si applica la normativa vigente al momento dell'acquisizione.

A questo punto, la questione si sposta su un altro piano. Ancora una volta, bisogna richiamare le conclusioni della Corte di Giustizia, che ha ritenuto la normativa estone (e, *mutatis mutandis*, quella italiana) contrastante con l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio –

³³ L'art. 111, comma 3, Cost. stabilisce che «la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa». I pericoli prospettati dalla dottrina sono reali: l'ipotesi nella quale il difensore sia autorizzato ad accedere ai dati tardivamente, ovvero quando essi siano già cancellati dal gestore (magari perché scaduti i tempi di conservazione), non si ritiene conciliabile con la Carta costituzionale. Sul versante della ragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*), si può effettuare un discorso simile: abbiamo un Pubblico Ministero che, in quanto espressione di un interesse pubblico, è dotato di un potere assai penetrante sui diritti individuali e di forza coercitiva; e un difensore, titolare di un interesse privato, ma garantito e definito inviolabile dalla Costituzione, sfornito degli strumenti necessari.

³⁴ L. 23 novembre 2021, n. 178.

³⁵ L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penale - Diritto e Procedura*, 2021, p. 13.

³⁶ G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 9, pp. 15-42. Inoltre, si può suggerire la lettura della Relazione a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di Cassazione, nella quale si afferma che «[l]a principale soluzione per affrontare le questioni di diritto intertemporale connesse all'utilizzabilità dei *data retention* che siano stati acquisiti precedentemente ed al di fuori delle condizioni fissate dall'odierna novella pare offerta dall'applicazione del generale principio *tempus regit actum*, il quale svolge l'essenziale funzione di ordinare la successione di leggi nel tempo in ambito procedurale garantendo l'applicazione uniforme delle regole processuali che, altrimenti, subirebbero confusive ed ingestibili discontinuità ove si procedesse alla importazione in ambiente processuale del principio della *lex mitior*, regolante, invece, la successione delle leggi penali nel tempo in ambito sostanziale (così, da ultimo, Sez. 2, n. 9876 del 12/2/2021, in motivazione)».

modificata dalla direttiva 2009/136/CE – letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali UE³⁷. Merita precisare che l'attuale architettura costituzionale dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali³⁸ è una manifesta conseguenza del principio della *primauté* del diritto comunitario: la supremazia del diritto europeo, così come formulata dalla Corte di Giustizia, si ritiene capace di esplicare effetti anche sulle Costituzioni nazionali³⁹, in quanto è necessario evitare qualsiasi deroga dei singoli Stati membri⁴⁰. Quindi, in base a tale principio, si giustifica la disapplicazione del diritto domestico rispetto a una disposizione di regolamento o di direttiva *self-executing* (ossia auto-applicativa)⁴¹. Oltre a ciò, la Consulta⁴² ha creato un «collegamento funzionale»⁴³ tra i due ordinamenti, considerandoli «coordinati ma separati»⁴⁴, perciò quando siamo di fronte a una norma dotata di effetti diretti – dopo il tentativo del giudice di interpretazione conforme – non resta altra strada che la

³⁷ Può essere utile ricordare le parole utilizzate dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza 2 marzo 2021, C-746/18. I giudici europei affermano che la direttiva comunitaria «osta ad una normativa nazionale, la quale renda il Pubblico Ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».

³⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della materia, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, XLVII, 6, pp. 4477-4507.

³⁹ Emblematica è la sentenza CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70; i giudici di Lussemburgo ritengono il diritto europeo capace di produrre effetti su tutto il diritto interno, compreso quello costituzionale.

⁴⁰ Tant'è che le Corti costituzionali nazionali – in particolare quella italiana e quella tedesca – non esitano ad intervenire, affermando la c.d. teoria dei controlimiti, con l'obiettivo di salvaguardare i principi costituzionali irrinunciabili e dei diritti fondamentali protetti dalle Carte nazionali. Infatti, la Corte costituzionale tedesca «è intervenuta ripetutamente su questo terreno, dapprima dichiarando la propria competenza a verificare la compatibilità di tutto il diritto comunitario con i principi costituzionali interni tramite gli atti statali di esecuzione; poi per temperare le proprie posizioni, alla luce dell'evoluzione rassicurante dell'ordinamento europeo in relazione alla protezione dei diritti fondamentali». La Corte costituzionale italiana evoca «la tematica dei controlimiti dapprima come rimedio estremo per ipotesi di improbabili conflitti insanabili tra il diritto comunitario e i diritti costituzionali garantiti dalla Costituzione italiana; successivamente, modulando diversamente il medesimo tema, [la Corte, sembra] mettersi in condizione di effettuare un controllo ordinario sulla costituzionalità degli atti normativi comunitari»; così M. CARTABIA, *“Unita nella diversità”: il rapporto tra Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Una costituzione per l'Unione europea*, a cura di F. Donati, G. Morbidelli, Torino, 2006.

⁴¹ Alle fonti direttamente applicabili bisogna aggiungere le interpretazioni delle norme europee rese dalla Corte di Giustizia, a seguito dei rinvii pregiudiziali, a norma dell'art. 267 TFUE. In quest'ultimo caso, la Corte assegna alla motivazione della sentenza un valore vincolante, che giustifica la disapplicazione da parte dei giudici. Cfr. A. ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo e le recenti implicazioni in tema di equilibrio di bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 3, p. 464 s.

⁴² Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*.

⁴³ ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo*, cit., p. 466.

⁴⁴ La Corte teorizza qui una reciproca interdipendenza che delinea un modello “dualista”, in quanto l'ordinamento europeo non ha una legittimazione autonoma rispetto a quello nazionale ma da quest'ultimo mutua il fondamento costituzionale rinvenibile nella cessione di sovranità autorizzata dall'art. 11 Cost.: così ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo*, cit., p. 466. Diversamente, per quanto attiene ai rapporti tra norma interna non conforme alla CEDU si vedano le c.d. sentenze gemelle, n. 374 e 348 del 2007 della Corte costituzionale.

disapplicazione del diritto interno⁴⁵. Dalle considerazioni svolte, tenendo conto della giurisprudenza costituzionale, si può affermare che l'interpretazione contenuta nelle sentenze europee comporta – al pari delle norme *self-executing* – l'obbligo, per il giudice, di disapplicazione in caso di contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale⁴⁶. Quindi, tornando alla disciplina sulla *data retention*, ritenere applicabile la normativa precedente all'entrata in vigore del decreto-legge 132/2021, in evidente contrasto con il diritto europeo, non può essere condivisa. Probabilmente anche per questi motivi, in sede parlamentare, si è scelto di introdurre il comma 1-*bis* all'art 1 della legge di conversione, con il quale si prevede l'utilizzabilità dei dati raccolti in precedenza solo “unitamente ad altri elementi di prova” e unicamente per i reati-presupposti indicati nel decreto-legge.

A parere di chi scrive, il legislatore avrebbe dovuto, per così dire, osare di più. In questo modo, si è (soltanto) limitata la portata dell'inutilizzabilità, mentre il contrasto con la normativa europea necessita un intervento radicale con conseguenze giuridiche inevitabili. Dalla scelta effettuata non si comprende quale sia la *ratio*: probabilmente, siamo di fronte ad un bilanciamento che valorizza molto il “principio generale di conservazione della prova” già acquisita, a discapito dei diritti fondamentali. Sul punto, si pronuncia anche la Corte di Giustizia⁴⁷, la quale afferma che spetta ai legislatori nazionali la valutazione circa l'utilizzabilità delle prove assunte nel procedimento penale sulla base di una normativa incompatibile col diritto europeo, nel rispetto, però, del principio di equivalenza ed effettività. Pertanto, il giudice penale è obbligato alla disapplicazione retroattiva, a meno che il legislatore – nell'ambito della sua discrezionalità – non opti per una disciplina derogatoria: è il caso del legislatore italiano.

Poche parole – ma necessarie – occorrono in merito alla mancata delimitazione dell'ambito soggettivo. La novella del 2021 omette di individuare i soggetti nei confronti dei quali è possibile autorizzare l'acquisizione dei dati⁴⁸. Sul punto, la giurisprudenza europea⁴⁹, a nostro avviso, è chiara: la limitazione della riservatezza conseguente all'accesso ai dati è ammessa solo nei confronti di chi sia

⁴⁵ Se residuano ulteriori dubbi di legittimità, è consigliabile esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (per i giudici di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE, si tratta di vero e proprio *obbligo*). Qualora si fosse dinanzi a norme europee prive di effetti diretti, invece, il giudice – dopo aver tentato un'interpretazione costituzionalmente conforme – potrà sollevare una questione di legittimità alla Consulta.

⁴⁶ A tal proposito, la sentenza della Corte costituzionale n. 389 del 1989 stabilisce che «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative».

⁴⁷ CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20.

⁴⁸ PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, cit., p. 109.

⁴⁹ Tutte le sentenze che hanno trattato la materia della *data retention* si sono soffermate sull'argomento, dalla prima sentenza *Digital Rights Ireland*, passando per *Tele2*, fino alla pronuncia *H.K.*

sospettato di aver commesso un reato⁵⁰. Quindi, a livello domestico, occorre specificare quali sono i soggetti potenzialmente destinatari di tali intrusioni nella propria sfera riservata, poiché «lo Stato di diritto si preoccupa, a tutela dell'individuo, di porre limiti al potere di investigazione, pubblica e privata»⁵¹. Per circoscrivere i soggetti nei confronti dei quali questi dati possono essere acquisiti, occorre seguire un criterio attuativo del principio di proporzionalità e garantire un equo bilanciamento tra repressione penale, tutela della riservatezza⁵² e della dignità umana. Dal nostro punto di vista, è difficile condividere la ricostruzione di una parte della dottrina, volta a giustificare la scelta del legislatore sull'assunto che la mancata delimitazione soggettiva consenta di utilizzare tale strumento per dare un volto alle indagini avviate contro ignoti⁵³.

Simili criticità possono essere eliminate solo con un nuovo intervento legislativo. Diversamente, diviene necessario – come prospettato da una parte della dottrina⁵⁴ – sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali⁵⁵.

5. *Repressione penale e riservatezza: un inevitabile bilanciamento tra autorità e libertà.* – Il tema del contemperamento tra diritti dell'individuo ed esigenze investigative «costituisce il punto focale del diritto processuale penale»⁵⁶, in quanto «le due esigenze hanno pari importanza»⁵⁷. Inoltre, non può indurre in errore «la considerazione secondo cui l'esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti i cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell'accusato è un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato»⁵⁸. Dunque, è fondamentale ricordare che «limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l'innocente»⁵⁹. Per questi ed altri

⁵⁰ In casi eccezionali, si ritiene possibile acquisire informazioni anche nei confronti di altre persone, sempre in presenza di elementi oggettivi, i quali permettono di ritenere che tali dati potrebbero fornire – in concreto – un contributo al contrasto alla criminalità grave.

⁵¹ M. PISANI, *La tutela penale della riservatezza: aspetti processuali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 787.

⁵² È necessario che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, ex art. 5 del Regolamento UE 2016/679.

⁵³ A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del D.L. 30 settembre 2021, n. 132*, in www.sistemapenale.it, 2021; secondo l'Autore «l'esigenza di non limitare l'alveo dei destinatari dell'apprensione dei dati esteriori esclusivamente a coloro che risultano indagati o imputati si giustifica nell'ottica di consentire l'acquisizione degli stessi anche nei procedimenti contro ignoti».

⁵⁴ *Ex multis*, MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., *passim*.

⁵⁵ FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., p. 11.

⁵⁶ A. C. RUSSO, *Captatore informatico e tutela dei diritti dell'individuo: tra presupposti applicativi e divieti probatori*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 11, pp. 1518 ss.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, p. 526.

⁵⁹ *Ibidem*.

motivi, è necessario prevedere *ex ante* – a livello legislativo – presupposti chiari e precisi, in modo da evitare abusi e rendere compatibili i nuovi strumenti tecnologici con le garanzie costituzionali in tema di libertà personale; infine, *ex post*, i criteri che dovranno guidare gli interpreti dovranno essere stringenti, per consentire di bilanciare al meglio le esigenze di tutela della collettività con l'ingerenza della pubblica autorità nella sfera dell'individuo⁶⁰.

In conclusione possiamo, dunque, affermare che l'attuale disciplina in materia di *data retention* è il frutto di una lunga evoluzione storica – giurisprudenziale, dottrinale e legislativa – che ha tentato di operare un bilanciamento tra interessi antagonisti: si è dovuto contemperare le esigenze della magistratura inquirente con il fondamentale diritto alla privacy, tutelato dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, convenzionali ed euro-unitarie. Benché permangano alcune criticità, che potranno essere superate con un nuovo intervento legislativo, la scelta del legislatore, a nostro avviso, appare appropriata, in quanto mira a conformarsi – in via tendenziale – alla giurisprudenza europea formatasi in materia. In particolare, ci preme ribadire che i tabulati telefonici e telematici possono comprimere il diritto alla privacy anche di coloro che non sono direttamente coinvolti nelle indagini. Orbene, una domanda sorge spontanea: fino a che punto è possibile limitare i diritti fondamentali di persone estranee o, comunque, presunte innocenti?

Dunque, a nostro parere, alla luce di tutte le considerazioni svolte, è necessario un costante e corale lavoro della comunità dei giuristi affinché si prosegua il percorso volto ad una piena attuazione della Costituzione – in tutte le sue parti – ed alla costruzione di una «mentalità costituzionale»⁶¹ anche in materia di *data retention*.

⁶⁰ In tale occasione pare utile fare un riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, nella quale la Consulta afferma che «la tutela deve essere sempre sistemica [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche, [...] che, nel loro insieme, costituiscono espressione della dignità della persona». Il quadro che emerge è la necessità di un costante bilanciamento, in modo tale da evitare che un diritto costituzionale diventi "tiranno" nei confronti degli altri.

⁶¹ L'espressione è del prof. P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, Roma, 2018, p. 3.

**MAURO CAPPELLETTI.
MAESTRO FIORENTINO APERTO AL MONDO**

VINCENZO VARANO*

Mauro Cappelletti è stato uno dei maggiori giuristi italiani del '900, fra i più noti anche fuori dai confini nazionali. È stato fra i Padri Fondatori della moderna scienza della comparazione giuridica: allievo di Piero Calamandrei, amava definirsi “processualcomparatista” piuttosto che “processualcivilista”, proprio per sottolineare la sua propensione all'utilizzazione del metodo comparativo nelle sue ricerche. In questo scritto a lui dedicato si cerca di sintetizzare i caratteri principali del suo metodo di lavoro. Innanzitutto, Cappelletti, è anche costituzionalista, nel senso che egli vede sempre fusi processo e valori costituzionali nell'ottica della comparazione. Cappelletti, che non sorprendentemente, afferma il suo netto rifiuto del formalismo e del dogmatismo ancora imperanti nella scienza giuridica del '900, intende la comparazione come “politica del diritto”, il cui fine ultimo è la ricerca della soluzione migliore, la “promising solution” a un problema sociale dato. Altro carattere fondamentale del pensiero di Cappelletti, è la sua capacità di anticipare l'importanza e l'attualità di alcuni grandi problemi sociali, e il suo impegno per la riforma. Infine, l'orizzonte della sua comparazione è tendenzialmente universale, la sua osservazione non si limita cioè a questo o a quell'ordinamento, magari a quelli culturalmente più vicini, ma tende ad allargarsi all'intero pianeta. Basti ricordare che Cappelletti è stato promotore di monumentali progetti di ricerca internazionali, primo fra tutti il celebre “Florence Access-to-Justice Project”, contribuendo così alla notorietà della Facoltà giuridica fiorentina nel mondo.

Mauro Cappelletti, a pupil of Piero Calamandrei, has been one of the most important Italian jurists of the 20th century, very well known also beyond the national borders. He has been one of the Founding Fathers of modern legal comparison, and as such he preferred to qualify himself as a comparative procedural lawyer rather than a procedural lawyer. But he was also a comparative constitutional lawyer, in the sense that his study of procedure was never disconnected from the study of constitutional

* Professore emerito dell'Università di Firenze. Il saggio costituisce la versione ampliata e corredata dalle note dell'intervento svolto a Trento il 23 settembre 2022 in occasione della tavola rotonda su *Mauro Cappelletti e il diritto comparato* nel quadro del Convegno su *Metodi e sfide nel diritto comparato*.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2023 V. Varano. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI: <https://doi.org/10.36253/lng-xxxx>

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

values and guarantees of fair procedure. Not surprisingly, Cappelletti rejects the formalistic and dogmatic approach which was still pervading Italian legal science in the 20th century. This reflects also in his conception of comparative law, whose purpose is political, i.e. the search for the “promising solution” to a given social problem. Another fundamental aspect of Cappelletti’s legal thought is his “vision”, i.e. his attitude to anticipate the importance of some great social problems and his commitment to law reform. Last but not least, Cappelletti aims at a worldwide comparison, in other words he does not limit himself to one or two legal systems, possibly those culturally closer, but tends to look at the entire planet. Suffice here to remember that Cappelletti has promoted monumental research projects, such as the much celebrated “Florence Access-to-Justice Project”, thus contributing to the notoriety of Florence Law School throughout the world.

SOMMARIO: 1. Premessa: Mauro Cappelletti, uno dei “precious few”. – 2. Il Maestro nel ricordo di un allievo. – 3. Mauro Cappelletti “processualcomparatista”. – 4. La comparazione come “politica del diritto”. – 5. Cappelletti e gli orizzonti della sua comparazione. – 6. Cappelletti “profeta scientifico”. – 7. I grandi progetti internazionali di ricerca: *Fundamental Guarantees of the Parties*, *Florence Access-to-Justice Project*, *Integration through Law*. – 8. «L’età dei sogni dogmatici è terminata».

1. *Premessa: Mauro Cappelletti, uno dei “precious few”. – «In every generation, a precious few tower over their fellows in the specialist areas of their endeavour. They transcend their compeers in being immensely more active and articulate as well as more imaginative, more creative as well as more critical, more innovative as well as more inspiring [...]. In our age, one of the precious few in the field of comparative civil procedural law and evidence and constitutional law is Professor Mauro Cappelletti».*

Così Sir Jack Jacob iniziava il suo *Foreword* al libro di Mauro Cappelletti, uno dei suoi libri migliori, dal titolo *The Judicial Process in Comparative Perspective*¹, una raccolta di saggi scelti durante l’anno (1988-89) in cui l’Autore fu *Goodhart Professor of Legal Science* presso l’Università di Cambridge. In poche righe, dipinse un quadro molto vivo di quello che è stato Mauro Cappelletti. Ho deciso di aprire anche io questa mia testimonianza con quelle due frasi di Jack Jacob che peraltro sono piaciute a molti, in quanto riescono a dare l’idea di quella che è stata una delle figure centrali della cultura giuridica del XX secolo, uno dei pochi giuristi italiani e fiorentini (certo con Paolo Grossi, pur nella loro profonda diversità, ma non molti altri) conosciuti in tutto il mondo², e che ha contribuito alla fama internazionale della Facoltà fiorentina. A quelle frasi ha fatto ricorso, ad esempio, Marta Cartabia, che ha intitolato il suo contributo al Convegno dedicato

¹ Oxford, 1989, p. V per il *Foreword* di SIR JACK JACOB.

² Non è un caso, ad esempio, che a lui, unico giurista italiano studioso di processo civile e di giustizia, sia dedicata un’apposita voce nel *Dictionnaire de la Justice*, a cura di L. Cadiet, Paris, 2004.

a Mauro Cappelletti³, tenutosi a Firenze il 10 dicembre 2014, *Mauro Cappelletti: One of the Precious Few della nostra generazione*⁴; l'ha usata Nicolò Trocker all'inizio del suo ricordo per il Maestro⁵; l'ha usata anche Sabino Cassese a conclusione del suo *Elogio di Mauro Cappelletti*⁶.

Non mi soffermo, in questa sede, sulla ricchissima biografia di Mauro Cappelletti, nato, come tutti sanno, in Trentino (Folgaria, 14 dicembre 1927) e morto a Firenze (1° novembre 2004), colpito, ancora nel pieno della maturità, da una lunga crudele malattia. È una biografia che lo vede formarsi alla scuola di Piero Calamandrei, per poi essere chiamato, giovane professore, a Macerata e quindi a Firenze, dove fonda l'Istituto di diritto comparato; poi Professore all'IUE e alla Stanford Law School; ma anche *Visiting Professor* in molte prestigiose università negli Stati Uniti, ma non solo; riceve lauree *honoris causa* da molte università del mondo; è socio dell'Accademia dei Lincei, e di altre analoghe prestigiose istituzioni in altri Paesi; è Presidente dell'Associazione italiana di diritto comparato – contribuendo, anche attraverso di essa, insieme a Gino Gorla e Rodolfo Sacco, a lanciare in Italia gli studi comparatistici –, dell'International Association of Legal Science, e dell'International Association of Procedural Law.

Mauro Cappelletti è stato uomo di scuola, che della ricerca e dell'insegnamento ha fatto la sua ragione di vita denunciando spesso, e con forza, la crisi e il bisogno di riforme radicali dell'educazione giuridica italiana, con pagine che ancora oggi ci appaiono vive⁷. È stato un lavoratore infaticabile, e un autore assai prolifico, avendoci lasciato una ventina di volumi e centinaia di contributi minori, pubblicati, o tradotti, in molte lingue. È stato un organizzatore estremamente determinato, capace di attrarre intorno a monumentali progetti di ricerca non solo i fondi necessari per promuoverli e portarli avanti, ma anche e soprattutto giovani studiosi nei loro anni formativi e studiosi di grande prestigio da ogni parte del mondo. Ha fondato una “scuola” che ha cercato di continuare la sua opera seguendone gli insegnamenti e formando altri giovani che hanno ormai acquisito una loro reputazione accademica, non solo in Italia.

2. *Il Maestro nel ricordo di un allievo.* – Sono stato, e ancora mi sento, pur superati gli ottanta, allievo di Mauro Cappelletti, credo anzi di poter dire di essere stato il suo primo allievo fiorentino quando nel 1963 fu chiamato a Firenze a coprire la cattedra di diritto agrario comparato, la prima cattedra di diritto comparato istituita a Firenze, cattedra che poco sembrava avere a che fare con i

³ *Processo e Costituzione: l'eredità di Mauro Cappelletti*, i cui atti possono vedersi in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. VII, Napoli, 2016, pp. 1-287.

⁴ Ivi, pp. 115 ss., e p. 127 in cui le frasi sopra riportate di Jack Jacob chiudono il contributo.

⁵ *Mauro Cappelletti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 157.

⁶ In *Annuario*, cit., p. 239.

⁷ Ved. *L'educazione del giurista e la riforma dell'università*, Milano, 1974, ove si trova anche ristampato il volumetto su *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957, frutto di un suo soggiorno giovanile in Germania.

suoi interessi, per la quale tuttavia si era, per così dire, legittimato con un bel saggio su *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzioni moderne*,⁸ titolo nel quale peraltro compaiono i riferimenti a processo, costituzione, comparazione, i punti di riferimento fondamentali della sua ricerca.

Io avevo ventitré anni, mi ero laureato da un anno in diritto civile con Salvatore Romano, un altro dei grandi Maestri che hanno illustrato la Facoltà giuridica fiorentina, mi muovevo incerto fra la preparazione all'esame di procuratore legale, e qualche velleità scientifica. Fu Salvatore Romano appunto, al quale pure debbo, e non solo per questo, gratitudine, a propiziare il mio incontro con Mauro Cappelletti, un giovane brillante professore, chiamato, come ho appena ricordato, da Macerata, la sua prima sede.

Chi ero io a quell'età? Un bravo studente, di famiglia borghese, la cui vita si era svolta fra via della Colonna (liceo Michelangelo), via Laura (la Facoltà) e viale Matteotti 1 (l'appartamento in cui vivevo con i miei), curriculum di studi tradizionale, in linea con l'epoca, non avevo idea di cosa fosse la comparazione. Potevo però contare sulla conoscenza delle lingue, soprattutto l'inglese, e questa fu certamente una *chance* che mi giocai bene con Mauro Cappelletti e che mi ha aiutato moltissimo in tutta la mia vita. L'incontro con Mauro, che a quell'epoca aveva trentasei anni, fu così l'incontro con un mondo nuovo, sconosciuto, affascinante, uno shock che sicuramente fece prendere alla mia vita una piega completamente diversa. Ricordo quella fase della mia vita come una sorta di età dell'oro, piena di entusiasmo, perché sia io che gli altri giovani che ci avvicinammo a Mauro in quel periodo sentivamo di far parte di un progetto, di qualcosa di nuovo e di importante, sentivamo di accostarci a un Maestro.

Un uomo certamente burbero, ma con una forte capacità di attrazione, era un uomo dalla vitalità straripante, dotato di una straordinaria energia, capacità di lavoro e di aggregazione. Aveva la cattedra, ma la cattedra monade era simbolo di una università che non gli apparteneva, intuiva che la ricerca, per essere la grande ricerca che aveva in mente, doveva avere un'altra dimensione e un'altra organizzazione, un luogo in cui trascorrere l'intera giornata lavorando, e una squadra, doveva insomma essere un Istituto, e fu, rapidamente, l'Istituto di Diritto comparato. Mise gli occhi su locali male utilizzati o inutilizzati al terzo piano di via Laura, ed ecco l'Istituto, quattro ampie stanze, la sua fantastica biblioteca personale, i primi libri di un fondo sempre più cospicuo di diritto comparato, il reclutamento rapido, fra il 1963 e il 1967, di un *team* di giovani: Varano, Vigoriti (recentemente scomparso), De Vita, Trocker, Grementieri (scomparso nel 2008), tutti a tempo pieno, ma tutti in un modo o in un altro rapidissimamente strutturati e retribuiti (assistenti, tecnici laureati), ciascuno con una sua area di competenza. Ce ne sono stati anche altri, ma questo è stato il gruppo storico, stabile, tutti a

⁸ In *Rivista di diritto processuale*, 1963. La cattedra era convenzionata, ossia in pratica finanziata dall'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze, diretto da Gian Gastone Bolla.

tempo pieno, mentre altri erano magistrati (Germanò e Pecori) o avvocati (Macconi, Ignazio Vaccaro). Chi copriva il diritto inglese, chi il diritto degli Stati Uniti, chi il diritto francese, chi il diritto dell'area tedesca, chi il diritto socialista. Ciascuno di noi lavorava ai propri temi di ricerca; ciascuno – con l'eccezione di Anna De Vita che continuò il suo percorso di tesi con una monografia sulla proprietà in Francia – se l'era ritagliato nell'ambito della ricerca sulle garanzie fondamentali del processo civile, la prima grande ricerca comparatistica messa in cantiere da Cappelletti, e che culminò in un grande seminario internazionale⁹. Mentre portavamo avanti le nostre ricerche, lavoravamo anche per l'Istituto, ordinando libri per tenere sempre aggiornate sia la biblioteca di Istituto che quella di Facoltà, siamo rapidamente diventati una delle biblioteche giuridiche di riferimento per il fondo di diritto straniero, fonti, monografie, riviste, raccolte di giurisprudenza. Ciascuno di noi era poi responsabile, come detto, di una certa area, e questo implicava che dovessimo essere pronti a ragionare con Cappelletti su aspetti problematici di quell'area. Lavoravamo in Istituto tutta la settimana, ricordo addirittura che in qualche occasione, all'inizio della nostra collaborazione, gli chiedevamo se potevamo non venire in Istituto il sabato pomeriggio: eravamo in difficoltà perché sapevamo che lui ci andava. Capì anche che un Istituto poteva funzionare solo con un'organizzazione amministrativa: scopri la figura, sconosciuta ai più, specialmente nell'area delle scienze umane e sociali, del tecnico coadiutore, e organizzò così una vera e propria segreteria amministrativa dell'Istituto.

Tutto questo era nuovo, non c'era nessuno in quegli anni che lavorava in questo modo, con questa frenesia – cosa che, incidentalmente, non gli procurava grandi simpatie in Facoltà... Ben pochi, oltre a lui si buttarono a capofitto, con un gruppo di giovani assistenti e studenti che lo seguivano ciecamente (ricordo fra loro un amico a me assai caro fin dalla prima elementare, Andrea Orsi Battaglini, prematuramente scomparso, un paio di anni dopo Cappelletti, a seguito di una lunga malattia che non aveva però impedito alla sua volontà ferrea di continuare ad essere presente da par suo nel dibattito scientifico), nel massacrante lavoro di recupero della biblioteca di via Laura devastata dall'alluvione del 1966. Per il fuoco che mise in quella battaglia, una seconda resistenza come la chiamava, ricordo che era stato soprannominato Lin Piao, a capo di un drappello di guardie rosse!¹⁰ Posso anche aggiungere, a testimonianza di quanto Cappelletti sapesse cogliere al volo ogni occasione, che l'alluvione provocò un grande arricchimento del fondo straniero della biblioteca. Basti dire che l'alluvione ci portò in dote l'intero National Reporter System, ossia tutta la giurisprudenza federale e statale degli

⁹ E poi nel volume *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, a cura dello stesso Cappelletti e di D. Tallon, nel 1973, per i tipi di Giuffrè/Oceana, Milano/Dobbs Ferry.

¹⁰ CAPPELLETTI volle riversare il ricordo dello stato di esaltazione di quei due mesi nelle pagine di un volumetto pubblicato in poche copie numerate: *Il sale dell'alluvionato*, Torino, 1967: non circolò molto, ma divenne noto come "il libretto rosso"...

USA, un patrimonio che condividevamo con Pavia, e con pochi altri grandi centri europei quali il Max Planck Institut di Amburgo, e che negli anni a seguire attrasse a Firenze molti studiosi.

Mauro Cappelletti ci sprovincializzò, ci mandò in giro per il mondo ad osservare e ad imparare, a conoscere luoghi e persone, ha allargato in maniera decisiva, entusiasmandoci, gli orizzonti culturali di noi allievi, e questa fu la sua prima lezione di diritto comparato: la comparazione non si fa solo su libri e riviste, nelle biblioteche, la comparazione si fa anche sul campo. Dalla *Law on the Books* alla *Law in Action*. I fondi per andare all'estero c'erano sempre. La presentazione di Mauro ci apriva tutte le porte, ci consentiva di prendere i contatti più preziosi. Tutte le relazioni che ho costruito nella mia vita di studioso e di docente, tutte le esperienze, sempre gratificanti, che ho vissuto, hanno avuto la loro base lontana nell'appartenenza alla Scuola di Mauro Cappelletti, negli anni trascorsi nelle stanze dell'Istituto, dove circolavano personaggi illustri da ogni parte del mondo (da Guido Calabresi a René David a John Merryman, da Max Rheinstein a Jack Jacob – il mio “*British Mentor*” –, da Geoffrey Hazard a Yasuhei Taniguchi a Roger Perrot, da Tony Jolowicz a Jhivko Stalev a José Carlos Barbosa Moreira, da Fritz Baur a Viktor Tchikvadze a Hector Fix Zamudio e tanti altri), o giovani studiosi provenienti da prestigiose università, nostri coetanei con i quali pure l'interazione era ricca e stimolante (penso, fra i tanti, a Jim Gordley, a Michael Greco, a Bob Bush, a Judd Epstein, a Joseph Weiler, a Bryant Garth) e che, come suoi allievi, hanno tutti raggiunto nella vita posizioni accademiche o professionali di prestigio.

Ricordo infine la mia prima lunga esperienza all'estero, anch'essa propiziata da Mauro, un intero anno accademico, il 1965-66, trascorso presso John Merryman a Stanford, in quella California, che fu di per sé un grande shock culturale, distante anni luce dalla mia Italia, e dalla mia piccola grande Firenze in cui ero sempre vissuto, in quell'università, in quel campus sterminato (chiamato, tanto per dare l'idea, “*The Farm*”), così diverso da via Laura.

Cosa mi/ci ha insegnato Mauro Cappelletti? Si potrebbe rispondere molto rapidamente a questa domanda dicendo: tutto.

Certo alcune sue qualità, la sua *vision*, la sua straordinaria capacità di intuire e di anticipare l'importanza e l'attualità di alcuni grandi temi non sono facilmente ripetibili. Ma la sua eredità è stata sicuramente ricca. Sicuramente, ci ha fatto capire «che il processo, come il diritto in generale, è uno strumento della vita reale, e come tale va vissuto»¹¹. Sicuramente, ci ha trasmesso la passione per il nostro lavoro di ricercatori e di docenti, ci ha insegnato a essere severi con noi stessi, con il nostro modo di ricercare, di scrivere, di essere maniacalmente precisi nelle citazioni, e nella correzione delle bozze. Sicuramente, ci ha lasciato in

¹¹ Cito dall'ultimo libro di M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p. 183.

eredità la sua sensibilità per i problemi e i bisogni della società, il suo interesse e il suo impegno per i grandi valori e per la riforma. Sicuramente ci ha trasmesso l'idea di una tendenziale universalità di certe idee e garanzie fondamentali, quali ad esempio l'effettivo accesso alla giustizia, e più in generale la dimensione sociale del processo, l'interazione fra processo, ideologie e società, e le riforme intese ad avvicinare il processo e la giustizia alla società. Ci ha trasmesso infine la sua concezione del metodo comparativo come ricerca della “*promising solution*”, come strumento di politica del diritto.

Ma vediamo adesso, un po' più nel dettaglio, chi è stato Mauro Cappelletti, quali i suoi interessi, quale il suo cammino. Non mi propongo certo, in questa sede, di effettuare una rassegna completa delle opere di Cappelletti. Piuttosto, attraverso alcuni suoi scritti che mi sembrano più significativi, proverò a individuare gli aspetti essenziali del suo cammino intellettuale, che vede sempre comunque fusi processo e valori costituzionali nell'ottica della comparazione.

3. *Mauro Cappelletti “processualcomparatista”*. – Mauro Cappelletti è stato un uomo dalla personalità straordinaria, con una grande varietà di interessi scientifici. È stato processualcivilista, costituzionalista, sicuramente, ma l'occhio con cui ha guardato ad ambedue le aree, e al fenomeno giuridico in generale, è stato quello del comparatista. Mauro Cappelletti è stato innanzi tutto comparatista, anzi è stato uno dei “Padri Fondatori” della moderna scienza del diritto comparato, tant'è che lui stesso, che pure è stato un raffinato studioso del processo civile, in un “esame di coscienza” che costituisce una sorta di testamento spirituale, si definisce “processualcomparatista”, piuttosto che processualista¹². Per completare questo ritratto introduttivo, occorre aggiungere che Cappelletti è stato uno dei primi, e più autorevoli, giuristi italiani ad aver diffuso nel mondo la conoscenza del sistema giuridico italiano. L'ha fatto, naturalmente, da comparatista, offrendo cioè al lettore straniero non una mera descrizione, ma una lettura critica del proprio ordinamento, chiarendo per il lettore straniero ciò che sicuramente gli sarebbe stato assai poco comprensibile (e questa opera di mediazione è essa stessa comparazione). Ho in mente i due esempi che bene illustrano questo aspetto del cammino intellettuale di Mauro Cappelletti. Il primo è *Civil Procedure in Italy*, scritto con J.M. Perillo nel quadro del progetto *On International Procedure* lanciato dalla Columbia University, che si pone come un vero e proprio moderno manuale di diritto processuale civile¹³. Nel 1967, sempre con J. M. Perillo e con J. H. Merryman, esce *The Italian Legal System. An Introduction*, un'insuperata introduzione alla storia, allo spirito, alla cultura del nostro ordinamento¹⁴.

¹² Mi riferisco al saggio *Una carriera al servizio della giustizia. Esame di coscienza di un processualcomparatista*, in *Dimensioni*, cit., pp. 157 ss.

¹³ M. CAPPELLETTI, J.M. PERRILLO, *Civil Procedure in Italy*, The Hague, 1965.

¹⁴ L'opera è pubblicata da *Stanford University Press*. Scrive in proposito N. TROCKER, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 170, n. 21: «un'opera preziosa che conduce chi desidera entrare in contatto col

4. *La comparazione come "politica del diritto"*. – Nella vicenda intellettuale di Cappelletti, la comparazione, l'ho già detto, occupa un ruolo fondamentale, è il suo metodo di ricerca. Cappelletti ha infatti sempre guardato ai suoi temi, fin dai primordi del suo percorso scientifico, in un'ottica comparativa: credo si possa tranquillamente affermare che egli è stato il primo (in ogni caso, uno dei non molti) processualcivilista italiano che ha sistematicamente fondato la sua analisi degli istituti sulla comparazione. La sua concezione della comparazione è pure assai degna di nota. Cappelletti non è interessato a una analisi tecnica o strutturale e astratta delle differenze e dei punti di contatto, così come non ha interesse *soltanto* ad acquisire conoscenza. Il modo più efficace, e sintetico, per spiegare il suo approccio è ricordare alcune sue parole:

«Dato un problema sociale – il cd. *Tertium comparationis* – condiviso da vari paesi, l'indagine fenomenologica procede ad esaminare i metodi – regole, procedimenti, istituzioni – adottati in quei paesi per risolvere quel problema, spesso con il risultato di definire modelli dei vari tipi di soluzione così adottati. Le differenze e le analogie in tali soluzioni e modelli sono poi esaminate per comprenderne le ragioni di carattere storico, sociologico, culturale o altro; e si potrebbero scoprire movimenti o tendenze, spesso convergenti ma talvolta paralleli o divergenti, rendendo possibili previsioni informate sul futuro possibile. Infine, le varie soluzioni si potranno valutare, non certo in senso assoluto ma in relazione alla loro efficacia in vista della soluzione del problema da cui tutta la ricerca è iniziata»¹⁵.

Cappelletti, dunque, intende la comparazione come ricerca di soluzioni, come strumento di politica del diritto¹⁶. A Cappelletti preme, in sostanza,

diritto italiano attraverso gli eventi storici e le correnti di pensiero che hanno influenzato lo sviluppo dell'ordinamento giuridico vigente – appunto il *legal system* –, lo illumina sui modi in cui il diritto è fatto, applicato, studiato, perfezionato e insegnato, su ciò che conferisce un carattere ed una individualità propria all'ordine giuridico italiano nel panorama della cultura giuridica di civil law». Mi piace aggiungere che dell'anno trascorso a Stanford, ricordo fra l'altro le tante discussioni avute con John Merryman sul libro, e in particolare sull'*Italian Style*, ossia sui tre capitoli centrali del libro, che erano opera sua: inizialmente, infatti, non riuscivo a riconoscere il mio ordinamento in quell'approccio intriso di realismo, non formalista, che pervadeva quelle pagine. È questa un'altra grande lezione di diritto comparato: chi studia un ordinamento straniero, come stava facendo Merryman, riesce molto spesso a vederlo e a capirlo meglio del giurista municipale che in quell'ordinamento vive immerso, e gli offre prospettive di comprensione prima impensate. I tre capitoli cui ho appena fatto riferimento erano rispettivamente intitolati *Doctrine, Law, Interpretation* e avevano lo scopo di descrivere «*some of the attitudes and assumptions that give Italian law its style*». *The Italian Legal System*, cit., p. 165. La pubblicazione dei tre capitoli era stata anticipata sul vol. 18 della *Stanford Law Review* (1966) rispettivamente alle pp. 39 ss. (*Doctrine*), 396 ss. (*Law*), 583 (*Interpretation*). Una versione italiana è stata inoltre ospitata dalla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, pp. 1167 ss.; 1967, pp. 709 ss.; 1968, pp. 373 ss.

¹⁵ Ved. CAPPELLETTI, *The Judicial Process*, cit., p. XIX (la traduzione è mia). In realtà, CAPPELLETTI, a parte qualche cenno qua e là, ha esposto compiutamente la sua proposta metodologica solo nel suo ultimo libro, *Dimensioni della giustizia*, cit., cap. 1, pp. 11 ss.

¹⁶ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, pp. 334 ss., individuò, con riferimento alla comparazione in Italia, tre opzioni metodologiche fondamentali: la comparazione come strumento di politica del diritto, che aveva appunto Mauro Cappelletti come figura di riferimento; la comparazione come ricerca di storia del diritto (Gino Gorla, il più vicino a

trasformare le istituzioni vigenti di cui avverte l'insufficienza o l'ingiustizia: e la comparazione gli è essenziale per trovare la soluzione migliore – la “*promising solution*”.

5. *Cappelletti e gli orizzonti della sua comparazione.* – La comparazione di Cappelletti non si rivolge solo agli ordinamenti culturalmente più vicini (Francia, Germania, e in particolare la dottrina di lingua tedesca che era tradizionalmente parte del bagaglio culturale naturale del giurista italiano, e in particolare del processualista, non meno della dottrina italiana), ma anche e soprattutto agli ordinamenti di *common law*, e in particolare gli U.S.A., che, da un lato, contribuivano a relativizzare l'apparato concettuale cui eravamo abituati, e dall'altro, vivendo un'esperienza capitalistica più avanzata, riuscivano a dare risposte più adeguate, soluzioni spesso più promettenti ai suoi interrogativi.

Quello che poi colpisce guardando al respiro della comparazione nell'opera di Cappelletti, è il progressivo allontanamento da questo o quell'ordinamento, da questa o quella tradizione giuridica per aprirsi sempre più ad una visione planetaria. I primi studi sono, per così dire, tradizionali, partono dai limiti del nostro ordinamento, e vanno alla ricerca di soluzioni attraverso l'osservazione di altri ordinamenti. Così, ad esempio, Cappelletti osserva che la nostra carta costituzionale, come tante altre prevede «diritti fondamentali, che, appunto perché posti costituzionalmente parrebbero dover essere più “forti” di quelli ordinari», e invece «sono considerati con poca fiducia da chi vi si vorrebbe affidare e con poco rispetto da chi rispettar li dovrebbe»¹⁷. Cappelletti volge dunque gli occhi altrove, per vedere «se esista [...] e come sia sorto e perché e come funzioni e quali problemi sollevi, qualche istituto capace di fare effettivamente valere i diritti fondamentali. Un modo, dico, differenziato, rinforzato [...] che manca da noi [...] causando la inadeguatezza della tutela e l'inefficacia del diritto, della “situazione attiva” contenuta nella Costituzione»¹⁸. Lo studio del ricorso costituzionale in Svizzera, in Austria, in Baviera, in Germania, è funzionale a insegnarci che la Costituzione deve essere «a portata del popolo, dell'uomo», e deve essere sottratta «a quella sorta di ironica trascuranza che è il destino delle leggi che non si fanno valere»¹⁹.

Il nostro ordinamento continua ad essere al centro della riflessione di Cappelletti per diverso tempo. Sono degli anni '70 alcune grandi battaglie, alcune denunce di arretratezza dell'ordinamento italiano, sempre combattute con il sostegno del metodo comparativo che lo aiuta a capire e a dimostrare come i bisogni della società italiana siano bisogni condivisi da altre società e in queste

Cappelletti che fondava le sue proposte innovative sulla base anche di una ricerca storico-sociologica); la comparazione come analisi strutturale del diritto (Rodolfo Sacco).

¹⁷ Così scrive il Maestro in *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, ristampato nel 1971 e nel 1974, p. 5.

¹⁸ Ivi, p. 6.

¹⁹ Ivi, p. 141.

ultime trovino spesso risposte più adeguate. Basta pensare al problema della perdurante irragionevole durata del processo civile di cognizione, che ci ha causato innumerevoli condanne di fronte alla CEDU, e che ci ha portato a inserire, inutilmente, un richiamo esplicito nell'art. 111 della Costituzione: come non ricordare il volumetto *Procédure orale e procédure écrite* del 1971 (sic!) in cui l'Autore già denunciava, sulla base, fra l'altro, di un robusto apparato di dati statistici, l'inefficienza della giustizia civile in termini perfettamente sovrapponibili alla realtà odierna, che la recente legge delega n. 206 del 2021 e i suoi decreti attuativi 149/2022 e 151/2022 tentano di sanare?²⁰ Ma la dimensione che ha il suo centro nel nostro ordinamento, tende progressivamente ad allargarsi. Lo sguardo di Cappelletti si estende su tutto il pianeta, alla ricerca di “*promising solutions*” per problemi di portata tendenzialmente universale. Quel che sempre più gli interessa è l'individuazione del grande problema sociale al fine di ricercare le risposte in una varietà sconfinata di esperienze giuridiche e culturali, nelle società avanzate come nelle società primitive. In tal modo, Cappelletti mostra di essere sensibile all'esigenza di recuperare, attraverso la comparazione, l'universalità del fenomeno giuridico (e della scienza giuridica), universalità che si è andata perdendo con la nazionalizzazione del diritto, ma che una realtà sempre più insofferente dei confini nazionali aiuta a recuperare, sottraendo via via il diritto e le sue fonti al potere monopolistico di un legislatore nazionale.

6. Cappelletti “*profeta scientifico*”. – Innanzi tutto, non sarà mai sottolineata abbastanza la capacità che ha sempre accompagnato Cappelletti, fin dall'inizio del suo cammino scientifico, di intuire, di anticipare l'importanza e l'attualità di alcuni grandi temi che, fra l'altro, testimoniano la sua sensibilità per i problemi e i bisogni della società, e il suo interesse e il suo impegno per i grandi valori e per la riforma: in altre parole, la sua visione profetica. Come Cappelletti scrive in quell'ultimo suo libro che ho ricordato poco sopra, «Il comparatista [...] è il solo possibile profeta “scientifico”. Profeta perché, sulla base dell'indagine compiuta, può mettere in luce tendenze evolutive [...] [ma] profeta “scientifico”, proprio perché la sua predizione del futuro è basata non su preferenze, idiosincrasie, intuizioni o “illuminazioni” personali, ma sui risultati di una analisi concreta della realtà sociale»²¹. E in un successivo capitolo del medesimo libro, dedicato a quell'esame di coscienza già ricordato, egli scrive della sua opera: «mi sarebbe difficile indicare anche una sola delle mie pubblicazioni giuridiche [...] la quale

²⁰ L'opera ricordata nel testo (Milano-Dobbs Ferry, NY, Giuffrè-Oceana) ripropone la relazione generale sul tema presentata all'VIII Congresso Internazionale di Diritto Comparato, tenutosi a Pescara nel 1970. Di un paio d'anni precedente è il saggio *Parere iconoclastico sul processo civile italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, c. 81 ss. – che contiene alcune proposte per riforme radicali della giustizia civile solo in parte, circa trenta anni dopo, accolte: fra queste, la generalizzazione del giudice unico in prima istanza, e l'immediata esecutività della sentenza di primo grado.

²¹ *Dimensioni*, cit., pp. 20-21.

non sia stata ispirata da una *critica* della situazione – ossia dalla constatazione di un problema da risolvere – e da un *progetto* di soluzione e quindi di riforma»²². È questa dote che lo portò, un anno prima che entrasse in funzione la nostra Corte costituzionale, a scrivere quel volumetto, su cui mi sono appena soffermato²³, sul bisogno di una tutela che per essere effettiva, necessitava di essere differenziata, “costituzionale”, per i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella nostra carta costituzionale, pensando a un ricorso diretto alla Corte sulla base dell’esperienza di altri ordinamenti. Quello sull’introduzione di procedure analoghe alla *Verfassungsbeschwerde* tedesca o all’*amparo* messicano, essenziali per perseguire l’interesse pubblico oltre che l’interesse privato, è un dibattito ricorrente nella dottrina italiana, ma sempre senza successo: laddove, come ricorda Marta Cartabia, tali procedure «hanno avuto molto successo nell’affermazione della cultura dei diritti umani, come è accaduto nel contesto della Convenzione europea»²⁴.

Altrettanto visionario è il volume, assai fortunato e tuttora attualissimo, sul *Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, che esce quando ancora non si è verificata l’esplosione delle corti costituzionali²⁵. Il libro, sul quale hanno studiato generazioni di studenti, fiorentini e non solo, è importante per varie ragioni. Affascinante è il capitolo dedicato ai precedenti storici del controllo di costituzionalità. Senza nulla togliere alla nascita del costituzionalismo moderno, segnata dalla Costituzione degli Stati Uniti e dall’affermazione della supremazia della costituzione stessa, scritta e rigida, rispetto alle leggi ordinarie, e dal famoso caso *Marbury v. Madison* (1803) che sancisce il potere e il dovere dei giudici di disapplicare le leggi contrarie alla costituzione, Cappelletti ci mostra che fin dall’antichità classica, fin dai *nomoi* (le leggi in senso stretto) e gli *psefismata* (i decreti) dell’antica Atene si è sempre avvertita l’esigenza di una “*lex superior*”, cui le altre fonti dovevano uniformarsi e che poteva essere mutata solo attraverso procedure assai complesse (ecco un esempio chiaro della comparazione e del suo bisogno di storia, sempre strettamente connessi nell’itinerario intellettuale di Mauro Cappelletti). Ma lo studio si fa apprezzare soprattutto perché, pur in una dimensione assai contenuta (poco più di un centinaio di pagine), ha già un respiro planetario²⁶, identifica e classifica i vari modelli di controllo di costituzionalità delle leggi, a cominciare dalla contrapposizione fra modello diffuso o americano e modello accentrato,

²² Ivi, p. 158.

²³ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, ristampato nel 1971 e nel 1974.

²⁴ CARTABIA, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 116.

²⁵ Il libro esce nel 1968, è più volte ristampato e tradotto in altre lingue. Particolarmente importante è stata la versione inglese, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, che ha goduto di grande diffusione come strumento di insegnamento e non solo.

²⁶ Nella recensione che gli dedicava in *Rivista di diritto civile*, 1969, I, p. 110, LEOPOLDO ELIA ne sottolineava l’insistenza sui nuclei comuni, sulla ricostruzione di un diritto universale o *jus commune* del controllo di costituzionalità.

austriaco, le loro ragioni, e la progressiva ibridazione che avviene fra i due sistemi con le costituzioni del secondo dopoguerra, «le quali combinano le caratteristiche principali del modello accentrato kelseniano pur riconoscendo ai giudici ordinari un ruolo importante nel processo costituzionale – ruolo che si esprime, nel giudizio incidentale, attraverso la *pregiudiziale di costituzionalità*, che aveva già colpito l’attenzione di Cappelletti»²⁷, in un suo studio di taglio più processualistico, uscito nel 1957²⁸. L’ibridazione si coglie anche in altri aspetti dei due modelli di controllo: effetti *erga omnes* delle sentenze delle corti costituzionali, che le sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti, teoricamente *inter partes*, conseguono solo attraverso la propria autorità di precedente, ma anche effetti retroattivi in ambedue i modelli, salvo il rispetto dei c.d. effetti consolidati. Lo studio si completa contrapponendo il modello giudiziario, sia accentrato che diffuso che ibrido, al modello politico, che, all’epoca della pubblicazione dello scritto, vige (a parte qualche ipotesi particolare) in Francia, in ossequio ad una rigida adesione alla teoria della separazione dei poteri e alla «conseguente inopportunità di qualsiasi interferenza del potere giudiziario nell’attività legislativa delle assemblee popolari»²⁹, e nell’Unione Sovietica, e paesi ad essa collegati, la cui «idea base è invece proprio quella della negazione della separazione dei poteri, che si vogliono riuniti in un unico organo supremo, di diretta emanazione popolare»³⁰. Quello che Cappelletti “vede” fin da allora è la tendenziale universalità del controllo giurisdizionale della conformità delle leggi alla Costituzione, che sia esso svolto da giudici o da corti speciali, e la marginalità del controllo politico, e il suo inevitabile declino come dimostra la progressiva evoluzione-trasformazione del modello francese iscritto nella Costituzione della V Repubblica, che oggi si avvicina decisamente anch’esso alla famiglia del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi³¹.

²⁷ CARTABIA, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 118.

²⁸ Il libro cui ci si riferisce nel testo è uno dei libri che segnano l’inizio della carriera accademica di Cappelletti. Si intitola *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957. Scrive TROCKER, *Mauro Cappelletti*, cit., pp. 162 ss., che quest’opera – ritenuta da CARNELUTTI «[P]er la difficoltà dell’argomento come per la finezza delle indagini [...] veramente una bella monografia» (*Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 228) – «resta la più completa ed approfondita trattazione dell’istituto in questione e che il lettore odierno, più che per la brillante ricostruzione della pregiudizialità costituzionale come categoria tecnico-processuale, apprezza per la rigorosa sistemazione del processo costituzionale come *giudizio* che non tanto si inserisce quale vicenda nell’*adjudication* del procedimento giudiziario individuale ma è esso stesso *adjudication* [...] sapendo [...] che la critica più insidiosa [...] contro le varie forme di *judicial review of legislation* [...] può essere efficacemente affrontata proprio con l’argomento della natura *giudiziale* della procedura adottata per la formazione e la posizione del ‘comando’, giacché forza e ad un tempo limite della funzione giudiziaria sono il rispetto di precise regole [...] sul piano procedurale e formale».

²⁹ CAPPELLETTI, *Il controllo*, cit., p. 11.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Nella Costituzione del 1958 il controllo affidato al Conseil Constitutionnel, poteva essere stimolato solo da alcune personalità politiche, era preventivo, ed aveva sostanzialmente lo scopo di vigilare sul rispetto della nuova divisione delle competenze legislative tra parlamento (art. 34 della Costituzione

7. *I grandi progetti internazionali di ricerca: Fundamental Guarantees of the Parties, Florence Access-to-Justice Project, Integration through Law.* – La fase centrale nell’itinerario intellettuale di Mauro Cappelletti è stata quella dei grandi progetti internazionali di ricerca, in cui ha dato il meglio delle sue doti di organizzatore di cultura, e intorno ai quali ha raccolto quanto di meglio potesse offrire il panorama mondiale dei giuristi.

L’inizio di questa fase è il 1973, quando Cappelletti cura con Denis Tallon un grosso volume sulle *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*³², frutto della sua prima grande ricerca internazionale promossa sotto l’egida dell’International Association of Legal Science e dell’UNESCO, che raccoglie sedici rapporti nazionali scritti da autorevoli studiosi provenienti da ogni parte del mondo, e discussi, anche con la partecipazione di altri giuristi, nel corso di un convegno svoltosi a Firenze fra il 5 e il 9 settembre 1971. Il nuovo che da questa ricerca emerge è innanzi tutto la visione di una giustizia che va incontro a un processo di internazionalizzazione: certi diritti e garanzie fondamentali si estendono al di là dei confini nazionali attraverso strumenti come la Convenzione Europea sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. In secondo luogo, la ricerca manifesta la presa di coscienza del grande movimento di positivizzazione della “*higher law*” e dei suoi principi naturali e fondamentali – tanto antichi da essere tradizionalmente assunti nelle due celebri massime latine, *nemo iudex in causa sua*, e *audiatur et altera pars* –, ora inclusi nelle costituzioni di un numero crescente di ordinamenti. Infine, la ricerca estende al processo civile una riflessione fino ad allora rivolta al processo penale, il che comporta la necessità di andare oltre le garanzie formali e dare una risposta alla forte domanda di effettività e accessibilità a tutti nello stesso modo, indipendentemente dalle condizioni economiche o sociali. È in sostanza l’idea della socializzazione della giustizia civile, che emerge da questa ricerca insieme alla sua internazionalizzazione e costituzionalizzazione.

Fundamental Guarantees rappresenta l’inizio del monumentale lavoro che, praticamente, occuperà gran parte della vita di Cappelletti, sull’accesso alla

che fissa in modo tassativo il «*domaine de la loi*») ed esecutivo, cui l’art. 37 attribuisce un autonomo e fondamentale «*pouvoir réglementaire*», esteso a tutte le materie non coperte da riserva di legge. Un’evoluzione, iniziata negli anni ‘70 del secolo, in via per così dire “giurisprudenziale”, dallo stesso Conseil, culmina con la legge di riforma costituzionale del luglio 2008, intitolata *De modernisation des institutions de la Ve République*, che, fra le altre riforme, introduce per la prima volta in Francia un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori affidato al Conseil, su rinvio incidentale da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, mentre i giudici inferiori si limitano a sollevare la questione agli organi di vertice, che valuteranno l’opportunità di investire il Conseil. Insomma, con il 2008, anche la Francia, si dota di un controllo che si può ormai definire “giudiziario”. Sul controllo di costituzionalità in Francia e la sua evoluzione, si veda la bella monografia di S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e “dialogo” tra Corti*, Napoli, 2016.

³² Per i tipi di Giuffrè/Oceana, Milano/Dobbs Ferry.

giustizia nei suoi vari aspetti, tutti tesi a mettere in risalto la dimensione sociale del processo.

È infatti del 1975 il volume *Toward Equal Justice. A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*³³: il tema del costo del processo e dell'assistenza giudiziale e stragiudiziale ai non abbienti, mai prima di allora oggetto di una riflessione scientifica, giuridica e politica, assume, nell'approccio di Cappelletti, una valenza fondamentale³⁴: se «democrazia significa anzitutto *partecipazione*», che processo è quello in cui una parte è «nell'impossibilità di effettivamente partecipare» se non «un attentato contro ciò che di più essenziale si ha nel processo giurisdizionale»³⁵. *Toward Equal Justice* affronta il tema in una dimensione comparativa assai ampia, in un momento in cui molti ordinamenti affrontano e danno una risposta al problema sociale nel suo complesso, non solo economico – non l'Italia, peraltro, in cui il problema della parte povera ha continuato per molto tempo ad essere affrontato nella ottocentesca prospettiva caritatevole (con l'eccezione delle controversie di lavoro regolate dalla legge n. 533 del 1973, l'unica riforma in cui l'impegno, anche civile, di Cappelletti per il suo Paese è riuscito a tradursi in realtà, come lui stesso scrive, con una certa amarezza, nel suo ultimo libro³⁶).

Mentre usciva *Toward Equal Justice*, Cappelletti inaugurava, proseguendo il filone della effettività delle garanzie, un grandioso progetto sull'accesso alla giustizia. Decine di giuristi, sociologi, politologi, antropologi, provenienti da ogni parte del mondo, sono chiamati a raccolta da Cappelletti per partecipare al *Florence Access-to-Justice Project*. Sono del 1978-79 i sei tomi che concludono la ricerca scandagliando in una dimensione comparativa ormai planetaria i vari aspetti del tema. Viene così alla ribalta in tutta la sua complessità il problema degli utenti della giustizia, e degli ostacoli che essi incontrano sulla via di un'effettiva

³³ L'opera, che comprende testo e materiali, è curata, oltre che da M. CAPPELLETTI, da J. GORDLEY e E. JOHNSON JR., ed è pubblicata a Milano/Dobbs Ferry, per i tipi di Giuffrè/Oceana.

³⁴ Prima di Cappelletti, assai scarna era la bibliografia sul tema del "gratuito patrocinio": qualche voce di enciclopedia giuridica, e un manualetto, a carattere eminentemente pratico, di D. MARAFIOTTI, *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti*, Milano, 1960. Cappelletti aveva iniziato a manifestare interesse per il tema pubblicando su un periodico politico fondato nel 1963 da Ernesto Rossi e Ferruccio Parri, *L'Astrolabio*, il 12 maggio 1968, un articolo dal titolo *Gratuito patrocinio: le cavie della giustizia*, poi confluito con il diverso titolo *La giustizia dei poveri*, nel volume *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 547 ss. Vari altri scritti sull'argomento sono poi contenuti nel volume *Giustizia e società*, Parte III, Milano, 1972. Non è un caso, a mio parere, che questi scritti sulla dimensione sociale della giustizia appaiano nel momento in cui in tutto il mondo esplodeva il grande movimento della contestazione giovanile, che certamente ha avuto un'influenza decisiva sull'evoluzione della società e del diritto.

³⁵ CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 165.

³⁶ Ivi, p. 158. Oggi, la materia dell'assistenza giudiziaria ai non abbienti è regolata dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (*Testo Unico in materia di spese di giustizia*) e successivi aggiornamenti, sostanzialmente basato sulla disciplina contenuta nella legge n. 533 del 1973, sulle controversie di lavoro e previdenziali.

tutela dei loro diritti: i costi, i tempi, e in generale gli «ostacoli – economici, culturali, sociali – che tanto spesso si frappongono fra il cittadino che domanda giustizia e il procedimento inteso a concederla»³⁷. Naturalmente, anche in questo progetto viene ripreso il tema del “*legal aid for the poor*”, di cui si è appena parlato, che costituisce la c.d. “*first wave*”, la prima ondata del movimento mondiale per rendere effettivi i diritti³⁸. Il secondo aspetto, che costituisce la “*second wave*” del “movimento”, è quello degli interessi collettivi, superindividuali, diffusi, che Cappelletti definisce espressione della “povertà organizzativa”. Qui il problema o bisogno sociale è quello di costruire forme di tutela capaci di rompere l’isolamento della singola vittima, di rendere quindi possibili nuove forme di tutela. A fronte della crescente importanza dei problemi legati alla produzione di massa o all’inquinamento ambientale, che mal sopportano le antiquate concezioni individualistiche della legittimazione ad agire, servono invece nuovi tipi di azione – la cui espressione più compiuta è quella della *class action* dell’esperienza statunitense³⁹ –, che stentano a prendere quota in molti ordinamenti,

³⁷ Ivi, p. 164.

³⁸ Traduco nel testo parzialmente il titolo del rapporto introduttivo alla ricerca, scritto da M. CAPPELLETTI e B. GARTH, che suona così: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in *Access to Justice*, a cura di M. Cappelletti, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978, vol. I, Book 1, pp. 3 ss.

³⁹ Ved., per la sua disciplina normativa, la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* nella sua riformulazione del 1966. In proposito, è interessante ricordare come nell’arco di poco più di un anno, fra il 1974 e il 1975, ben due convegni sul tema vengono organizzati in Italia, uno da Vittorio Denti a Pavia nel 1974 (i cui atti, a cura del promotore del convegno, furono pubblicati nel 1976, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova), l’altro a Salerno nel 1975 dall’Associazione italiana di diritto comparato, di cui Mauro Cappelletti è allora il presidente, mentre Vittorio Denti siede nel consiglio direttivo (A. Gambaro curò la pubblicazione degli atti: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976). Sempre nel 1974, si svolse a Teheran il IX Congresso dell’International Academy of Comparative Law. Mauro Cappelletti fu il *General Reporter* della sessione intitolata *The Role of the Ministère Public in Civil Proceedings*. Bene, Cappelletti chiese ai *National Reporters* di andare oltre il titolo, non solo e non tanto perché molti ordinamenti non conoscono la figura del *Ministère public*, ma anche e soprattutto perché il *Ministère public*, laddove esistente, non era attrezzato, sotto molteplici profili, a tutelare quel nuovo tipo di interessi superindividuali, collettivi, diffusi, che Cappelletti voleva in realtà porre al centro della sua riflessione. Ecco quindi che il discorso si apre a soluzioni ulteriori e diverse rispetto al “*Public (governmental) Attorney General*” (il *Ministère public* principalmente, ma non esclusivamente), quali quella del “*Private Attorney General*”, in cui è un individuo che si erge a campione di una classe dai contorni indefiniti o del pubblico, o dell’“*Organizational Attorney General*”, in cui si attribuisce a organizzazioni o a gruppi organizzati il compito di agire in giudizio quali rappresentanti di interessi pubblici, collettivi, di gruppo. L’idea che si volle affermare è quella della tutela collettiva, la cui espressione più compiuta è quella della *class action* contrapposta al tradizionale *private rights model*. Quel *General Report* fu pubblicato nel volume curato da M. Cappelletti e J.A. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, 1975.

Come è noto, il nostro ordinamento ha introdotto la *class action* e, con la legge 12 aprile 2019, n. 31, l’ha addirittura inserita nel Libro IV del cpc, trasformandola così in rimedio a “vocazione generale”, non più limitato a taluni illeciti o gruppi di illeciti, non più limitata a diritti di consumatori e utenti. Pur se entrata in vigore da troppo poco tempo (18 maggio 2021), si tende a considerare la nostra

specialmente di *civil law*, e una conseguente necessaria evoluzione delle garanzie da garanzie individuali a garanzie sociali o di gruppo.

La capacità di intuizione di Cappelletti lo porta poi a individuare la “*third wave*” dell’accesso alla giustizia in una galassia sempre in movimento di strumenti e tecniche (è quello che lui chiama “*access-to-justice-approach*”), divenute sempre più attuali e diffuse nella realtà odierna con il nome di “*Alternative Dispute Resolution*” – celeberrimo è l’acronimo ADR con cui il movimento viene di norma identificato. Si assiste oggi a una vera e propria corsa all’ADR, ma ormai diversa da quella che usciva dalle pagine di *Access to Justice*. Accanto all’entusiasmo per il fenomeno, è diffusa la sensazione che possa essere in atto una sorta di privatizzazione della giustizia, e che l’ADR abbia trasformato la questione dell’accesso alla giustizia, attribuendole finalità prevalentemente deflattive, cercando di limitare il più possibile l’accesso alle corti. Siamo piuttosto lontani dalla visione di Cappelletti, secondo il quale la terza ondata avrebbe dovuto accompagnarsi alle prime due ondate dell’accesso, e non sostituirsi ad esse, nell’ottica di migliorare l’accesso alle corti. L’idea era cioè quella di offrire strumenti destinati a diversificare ed arricchire l’offerta di giustizia, funzionali a indirizzare determinati bisogni di tutela verso strutture diverse dal processo e ritenute più idonee (è la “*justice in many rooms*”, la giustizia plurale), destinati a integrare, senza escluderli, gli strumenti delle prime ondate e la giustizia ufficiale, tutti utili in funzione dell’accesso, pur nella consapevolezza che possono comportare un approccio diverso al tema delle garanzie⁴⁰. Il nostro ordinamento ha optato – recependo la Direttiva del CE/2008/52 con il d.lgs. n. 28 del 2010 – per l’introduzione di una mediazione da esperire obbligatoriamente in certe materie a condizione di procedibilità, che fra l’altro non ha dato risultati esaltanti⁴¹, sicché

legge come una delle migliori adottate fuori dagli USA, anche se, come quasi ovunque fuori da questo Paese, anche la nostra legge ha adottato il sistema di “*opt-in*”, per cui partecipa alla classe solo chi vi aderisce espressamente, anziché quello di “*opt-out*” nordamericano. Per una panoramica generale, rinvio al volume collettaneo *Azione di classe: La riforma italiana e le prospettive europee*, a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, Torino, 2020.

⁴⁰ Si veda, se si vuole, il mio *La cultura dell’ADR: una comparazione fra modelli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 495 ss.

⁴¹ Anche la *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021* del Presidente P. CURZIO (visibile al sito www.cortedicassazione.it) conferma quanto detto nelle relazioni degli anni precedenti, e accenna alle varie possibili cause della ridotta incidenza: «percezione della mediazione come forma di ‘denegata giustizia’ con aggravio di ulteriori costi sia economici che umani»; necessità di «promuovere un processo di evoluzione culturale in materia di mediazione» allo stato non sufficiente; si considera la mediazione come ancillare al processo (condizione di procedibilità) anziché mettere in evidenza «come la mediazione può sviluppare tutte le sue potenzialità laddove vi si ricorra [...] per la sua autonoma valenza di misura di soluzione dei conflitti». In positivo, la Relazione rileva come attraverso la mediazione «si può evitare che la conflittualità perduri oltre la definizione della singola controversia [...] e si riconosce una progressiva crescita nell’applicazione della stessa [la mediazione] che può concorrere in modo significativo ad un diffuso mutamento culturale, ad una diversa prospettiva delle relazioni sociali, improntate ad un maggior rispetto per l’altro, al recupero di effettività dell’amministrazione della giustizia, con ricadute positive dal punto

è auspicabile che l'attuazione della legge delega sulla riforma della giustizia civile possa potenziare gli strumenti alternativi, e portarli ad affiancare la giurisdizione piuttosto che contrapporsi ad essa, secondo la visione cappellettiana.

A uno studioso che aveva fatto della dimensione transnazionale del diritto il proprio credo, non poteva sfuggire, fin dai suoi albori, l'importanza dell'Europa e della formazione di un nuovo diritto: «un diritto non più racchiuso nel ristretto ordinamento di uno stato, un diritto in grado di far percepire la propria presenza all'interprete e ad imporsi al legislatore [...] perché partecipe delle particolari caratteristiche (di supremazia e di efficacia diretta) dell'ordine dal quale proviene»⁴². Cappelletti guarda naturalmente non solo ai Trattati di Roma e alla costruzione di un mercato unico e di uno spazio giudiziario anch'esso unico – dominato dal ruolo della Corte di giustizia e dal suo ruolo di interprete ultima del diritto comunitario e della conformità ad esso dei diritti nazionali –, ma anche al diritto della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, «i cui principi del diritto all'equo processo e le garanzie ad esso connesse verranno gradualmente a costituire un nucleo di regole fondamentali patrimonio comune di tutti gli Stati membri»⁴³. Non sorprende che Cappelletti guardi all'Europa come fonte del diritto, e all'integrazione europea che avviene attraverso il diritto, e che, una volta chiuso il *Florence Access-to-Justice Project*, metta mano ad un altro grandioso progetto di ricerca, *Integration through Law*⁴⁴, «sul presente, sulle trasformazioni e sulle prospettive di un ordine giuridico non più imbrigliato all'interno di rigidi spazi nazionali [...]. Un'ulteriore grande testimonianza dell'impegno di un uomo interessato più al diritto da fare che a quello già fatto, convinto che anche dall'opera dello studioso dipenda il corso delle cose»⁴⁵.

8. «*L'età dei sogni dogmatici è terminata*». – Se comparazione come politica del diritto e “*vision*” sono le caratteristiche fondamentali della vicenda

di vista economico-competitivo del nostro Paese». In tal modo, sempre continuando a leggere la Relazione, l'ADR «viene ad affiancarsi e non a contrapporsi alla giurisdizione, di talché anche il giudice, attraverso la mediazione demandata ed esperendo direttamente la conciliazione può concorrere [...] agli obiettivi condivisi di tempestività e di soluzione del conflitto, oltre che di definizione del procedimento» (le citazioni sono dal paragrafo 2.7 della Relazione, spec. p. 36). Naturalmente, sull'ADR incidono anche la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e successivi decreti attuativi sulla riforma della giustizia civile, la cd. Riforma Cartabia. Osserva in proposito il Presidente Curzio «come, nel più complesso impianto riformatore, oltre ad ampliare le fattispecie di mediazione obbligatoria, si intende valorizzare e incentivare la mediazione demandata al giudice» (Ivi, p. 40). Potrebbe favorire la indispensabile partecipazione personale delle parti la previsione che la mediazione e la negoziazione assistita (in cui l'attività *lato sensu* conciliativa è condotta dai difensori) «possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto» (*Ibidem*).

⁴² N. TROCKER, *Processo e costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti: Elementi di una moderna teoria del processo*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., p. 162.

⁴³ Ivi, p. 163.

⁴⁴ A cura di M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, Berlin/New York, 1986-87.

⁴⁵ TROCKER, *Processo e costituzione*, cit., p. 164.

cappellettiana, non può sorprendere che il Maestro, anche quando esce da temi quali quelli dell'accesso, sia un processualista poco incline, e comunque poco interessato, alle costruzioni dogmatiche, alle categorie e ai concetti fini a sé stessi, quanto piuttosto alla funzione del processo e al suo sostrato ideologico. L'esempio viene dagli studi sull'oralità, vista, insieme alla critica di antiquate regole di esclusione della prova (la testimonianza delle parti e di altri soggetti interessati, ossia probabilmente delle persone meglio informate sui fatti della causa, cui Cappelletti dedica due poderosi volumi, il secondo dei quali dal taglio comparatistico⁴⁶), come strumento essenziale a favorire la concentrazione, e quindi la rapidità del processo, ma anche una migliore qualità⁴⁷.

Nella Premessa a *Processo e ideologie*, una raccolta di scritti pubblicata nel 1969 e già ricordata in questo scritto, Cappelletti afferma di voler

«mettere radicalmente in contestazione un metodo di studio tipicamente scolastico, dogmatico e formalistico, inteso alla ricerca di una scienza “pura” e ideologicamente neutrale [...] entro certi limiti tuttora prevalente nel nostro Paese; [...] e di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza [...] di scelte creative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni»⁴⁸.

Tutto questo, e anche di più, è stato Mauro Cappelletti quale lo ha vissuto non solo uno studioso, ma un allievo che neppure oggi cessa di essergli grato per tutto quello che gli ha donato. E invece la sua visione planetaria, le sue virtù profetiche, l'attacco al formalismo e al dogmatismo («[L']età dei sogni dogmatici è terminata»⁴⁹), uniti a una notevole *vis* polemica e a certe asperità del suo carattere, ne hanno fatto un personaggio scomodo, che non ha raccolto in Italia quello che

⁴⁶ Significativo l'apprezzamento che un maestro illustre e severo, FRANCESCO CARNELUTTI, ebbe a scrivere sull'edizione provvisoria de *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1959, di cui era autore un giovane di trenta anni o poco più: «Questo libro mi piace per parecchie ragioni. Primo: è un libro frutto di una preparazione che più coscienziosa di così non potrebbe essere [...]. Secondo: è un libro chiaro; non c'è pagina, che rechi traccia del linguaggio gonfio, presuntuoso e spesso incomprensibile, che dilaga purtroppo in quella che, a imitazione dell'arte, potrebbe chiamarsi *scienza astratta del diritto*. Terzo: è un libro appassionato; e la passione non è quella dei concetti, ma degli istituti, ossia della loro rispondenza a ciò che il processo deve essere, un mezzo per servire la giustizia» (*Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 610).

⁴⁷ Ved. CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 159.

⁴⁸ CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, cit., p. VII. Sono da ricordare, a proposito del Cappelletti contestatore, le espressioni di grande stima che gli riservò un giurista pur di diversa formazione della statura di VITTORIO COLESANTI in una recensione a *Processo e ideologie*, quando lo definì «uno studioso destinato a 'fare scuola', per l'impegno morale, per il rigore di metodo e di pensiero, e per l'invito costante a 'calarsi' nella realtà del mondo contemporaneo ed affrontare in questa prospettiva – il che vuol dire [...] alla luce della storia – i problemi di fondo del processo» (*Rivista di diritto processuale*, 1969, I, p. 290).

⁴⁹ CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 183.

il suo impegno (anche civile) avrebbe meritato⁵⁰ – e che avrebbe potuto rendere migliore questo paese – anche se non gli sono mancati il rispetto e la stima di alcuni fra gli studiosi più autorevoli e aperti⁵¹.

⁵⁰ CAPPELLETTI stesso ne prende atto realisticamente: «Non dico [...] che le mie proposte abbiano avuto molto successo in Italia: eccezion fatta per la riforma del processo del lavoro [...] una riforma che all'inizio fu ferocemente criticata da molti miei colleghi italiani, che spesso sono tenacemente attaccati allo *status quo*»: *Dimensioni*, cit., p. 158.

⁵¹ Penso, naturalmente, al suo rapporto fraterno con Vittorio Denti, con il quale ha condiviso metodi, impegno civile e ideali, ma penso anche a giuristi illustri che ho ricordato in questo lavoro, quali Francesco Carnelutti (n. 46) e Vittorio Colesanti (n. 48).

Table of contents

A. Adinolfi Il ruolo dell'Ue nella diffusione dei diritti fondamentali in Stati terzi: strumenti vincolanti e adeguamento "spontaneo" agli standard dell'Unione	1
A. Gorgoni Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia	23
S. Stacca L'individuo al cospetto del potere disciplinare	49
A. Pescarolo Il lavoro nella Costituzione: fonte della cittadinanza o sfera preclusa?	76
A. Ganzaroli Esseri umani in rete. Liberi utenti informatici o deboli consumatori?	110
M. Paolanti <i>Nulla salus extra bollam</i> : il principio del pluralismo informativo nell'epoca delle <i>echo chambers</i>	121
L. Tombelli Prova incostituzionale e tabulati telefonici. Tra garanzie, diritti ed innovazioni tecnologiche	131
V. Varano Mauro Cappelletti. Maestro fiorentino aperto al mondo	144